

Alessia Garrone

I mutamenti intervenuti nella struttura del diritto e della democrazia con l'introduzione delle Costituzioni rigide.

Indice:

- Entrata in vigore delle Costituzioni rigide
- Condizioni di validità delle leggi
- Dimensione sostanziale della democrazia
- Mutamento di ruolo della scienza giuridica
- Considerazioni finali

ENTRATA IN VIGORE DELLE COSTITUZIONI RIGIDE

All'indomani della seconda guerra mondiale, l'introduzione delle Costituzioni rigide in Europa ha portato a mutamenti nella struttura sia del diritto che della democrazia. Con l'entrata in vigore delle costituzioni rigide, infatti, l'intera produzione del diritto è stata assoggettata a norme costituzionali rigidamente sopraordinate a tutti i poteri normativi.

Nel vecchio stato di diritto il potere legislativo delle maggioranze parlamentari era invece un potere assoluto, non era stata neppure prevista la possibilità di una legge che limitasse la legge.

Esistevano in realtà delle carte costituzionali, ma erano flessibili ovvero potevano essere validamente modificate dal legislatore ordinario con leggi successive. I principi e i diritti in esse stabiliti operavano come limiti e vincoli soltanto politici, privi di una forza giuridica in grado di vincolare la legislazione.

È per questo che in Italia il fascismo poté con le sue leggi stracciare lo Statuto Albertino e affossare la democrazia e le libertà fondamentali senza un formale colpo di stato: le leggi fasciste erano state votate da maggioranze di deputati e per questo considerate formalmente valide.

Fascismo e nazismo soppressero la democrazia con metodi democratici: si impadronirono del potere in forme legali e poi lo consegnarono democraticamente a un capo che cancellò non soltanto i diritti di libertà e i diritti sociali, ma anche gli stessi diritti politici, il pluralismo politico, la separazione dei poteri, la rappresentanza, ovvero l'intero sistema di regole nel quale consiste la democrazia politica.¹

È proprio in seguito ad esperienze tragiche come queste che si è compreso come, con una maggioranza senza vincoli, una democrazia non possa sopravvivere; i poteri, se lasciati senza limiti e controlli, tendono a concentrarsi e ad accumularsi in forme assolute: a tramutarsi in poteri selvaggi. Vi era perciò la necessità non solo di difendere, ma anche di ripensare e rifondare il sistema delle garanzie stipulando in norme di diritto positivo sopraordinate alla legislazione ordinaria quei limiti e quei vincoli quali la separazione dei poteri, la pace, l'uguaglianza e la garanzia dei diritti fondamentali, fino ad allora soltanto politici.²

È sulla base di questo che, dopo la caduta delle dittature, furono approvate in Italia e in Germania prima, in Spagna e in Portogallo poi, le costituzioni rigide. Esse mutarono radicalmente sia le condizioni di validità delle leggi, non più solo formali ma anche sostanziali, sia la struttura della

¹ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma, Laterza, 2011, p. 6

² *Ivi*, p. 7

democrazia, caratterizzata a sua volta non più dalla sola dimensione politica o formale, ma anche da una dimensione sostanziale, relativa ai contenuti delle decisioni.

CONDIZIONI DI VALIDITA' DELLE LEGGI

L'entrata in vigore delle costituzioni rigide mutò innanzitutto le condizioni di validità delle leggi.

Secondo una tesi consolidata nella scolastica kelseniana la validità delle leggi consiste nella loro appartenenza ad un determinato ordinamento, nella loro semplice esistenza. Una legge è valida in quanto esiste, ossia conforme alle norme procedurali sulla sua produzione.

Questa tesi è stata difesa fermamente da Kelsen³ ed è stata sottoscritta anche da Norberto Bobbio e ha comportato come conseguenza una concezione della scienza giuridica che si caratterizza come approccio descrittivo e valutativo del diritto (approccio giuspositivistico). Nel modello premoderno il diritto era il prodotto della tradizione, della giurisprudenza, della cultura giuridica; con l'affermazione del positivismo giuridico classico si afferma l'idea che una norma giuridica, qualunque sia il suo contenuto, esiste ed è valida in forza unicamente delle forme della sua produzione. L'affermazione del positivismo classico ha provocato un rovesciamento di paradigma rispetto al diritto premoderno: la giuridicità di una norma non dipende più, nel diritto moderno, dalla sua intrinseca giustizia o razionalità, ma solo dalla sua positività, ossia dal fatto di essere «posta» da un'autorità competente nelle forme previste per la sua produzione. Con l'affermazione del monopolio statale nella produzione giuridica diventa perciò diritto solo ciò che è prodotto dalle fonti statali (parlamento democratico, sovrano ecc..) abilitate a produrre diritto, con la conseguenza di una separazione tra diritto e morale, giustizia e validità.

Con il passaggio dallo stato giurisprudenziale allo stato legislativo mutano perciò le fonti di legittimazione del diritto medesimo e della scienza giuridica.

Con l'introduzione delle costituzioni si realizza una seconda rivoluzione nella natura del diritto. Nel paradigma dello Stato liberale la legge era la fonte suprema e illimitata del diritto. Non esisteva l'idea di una legge sopraordinata alla legge in grado di vincolare l'attività legislativa. Questa onnipotenza della legge viene meno con l'affermazione della Costituzione come norma suprema alla quale tutte le altre sono subordinate.

³ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it, Edizioni di Comunità, Milano 1959, p. 158. Kelsen afferma che «per validità si intende l'esistenza specifica delle norme». La tesi dell'equivalenza tra validità ed esistenza porta Kelsen a contraddirsi ripetutamente, inducendolo a qualificare la "legge incostituzionale" talora come valida, talora come inesistente. In *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, egli prima afferma che «La legge incostituzionale è una legge valida fino al momento del suo annullamento individuale o generale» (p. 165), poi afferma che «di una legge non valida non può dirsi che sia incostituzionale, perché una legge non valida non è affatto una legge, poiché giuridicamente non esiste e quindi non è possibile nessuna asserzione giuridica al riguardo» (p. 302).

Con l'introduzione delle costituzioni rigide la legalità cambia natura. Essa diventa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non più solo formali ma anche sostanziali.⁴ L'esistenza delle norme continua ad essere vincolata alle regole formali sulla produzione legislativa ma, oltre a questi limiti, regole e procedure di carattere formale, la Costituzione introduce diritti e principi che nella tradizione liberale erano di carattere morale, di giustizia; principi esterni al diritto che sono necessari a garantire i diritti fondamentali della persona.

Dopo la liberazione da fascismo e nazismo, in ordinamenti come quello italiano e tedesco, ci si è infatti resi conto della necessità di stipulare questi principi in forma di diritti fondamentali che nessuna maggioranza possa violare o non attuare. Si tratta di principi fondamentali che si pongono come limite all'arbitrio politico. Vengono perciò regolate non più solo le forme di produzione del diritto mediante norme procedurali sulla formazione delle leggi, ma anche i contenuti, mediante norme sostanziali sulla produzione quali, in particolare, quelle che enunciano diritti fondamentali.

Del diritto risulta positivizzato non più solo "l'essere", ossia la sua esistenza, ma anche il suo "dover essere" ossia le sue condizioni di validità; non più solo il "chi e come" delle decisioni, ma anche il "che cosa non deve essere deciso", ossia la lesione dei diritti di libertà, o al contrario "deve essere deciso", ossia la soddisfazione dei diritti sociali.⁵

Ne consegue che la validità delle leggi dipende dall'osservanza non più soltanto delle norme procedurali sulla loro formazione, ma anche dall'osservanza delle norme sostanziali sul loro contenuto. In un ordinamento dotato di costituzione rigida, infatti, perché una norma sia valida, oltre che vigente, non basta che sia emanata nelle forme predisposte per la sua produzione, ma è anche necessario che i suoi contenuti sostanziali rispettino i principi e i diritti fondamentali stabiliti nella Costituzione.

Il principio di stretta legalità ha perciò prodotto la separazione della validità dal vigore e la cessazione della presunzione aprioristica di validità del diritto esistente.

Con le costituzioni rigide ha fatto il suo ingresso nelle democrazie costituzionali il diritto illegittimo, che si manifesta sotto forma di antinomie⁶.

⁴ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma, Laterza, 2011, p. 9

⁵ *Ibidem*, p. 9

⁶ N. Bobbio in *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, individua tre antinomie: tra norme di diversa epoca, di diversa estensione e di diverso grado. Nel primo caso prevale la norma successiva; nel secondo prevale la norma che disciplina il caso più specifico (principio di specialità); mentre nel terzo caso prevale la norma superiore. Secondo Ferrajoli invece l'unica antinomia reale è quest'ultima in quanto le prime due si risolvono ad opera dell'interprete; non corrispondono infatti a violazioni perché la norma generale non è violata dalla norma speciale e la norma precedente non è violata da quella successiva. Nel terzo caso invece se una norma di rango inferiore contrasta con una norma di rango superiore, essa è invalida e perciò dovrà essere annullata ad opera della Corte costituzionale.

La Costituzione è infatti la norma suprema del nostro ordinamento. Tutte le altre leggi sono rigidamente subordinate ad essa e perciò, per essere ritenute valide, devono essere conformi alle norme costituzionali.

Le leggi in contrasto con essa sono infatti destinate ad essere annullate perché incostituzionali.

Competente nel nostro ordinamento ad accertare l'illegittimità delle scelte operate dal legislatore ordinario è la Corte costituzionale, istituita nel 1956. Ad essa sono affidate funzioni di controllo della conformità formale e sostanziale delle leggi alle disposizioni della Costituzione.

DIMENSIONE SOSTANZIALE DELLA DEMOCRAZIA

Per democrazia si intende etimologicamente “governo del popolo” ovvero sistema di governo in cui la sovranità è esercitata, direttamente o indirettamente, dall'insieme dei cittadini.

Nell'arco di più di due millenni, il concetto di democrazia ha in realtà vissuto una continua evoluzione, subendo importanti modificazioni nel corso della storia. Le prime definizioni di democrazia risalgono all'antica Grecia.

Qui vigeva una democrazia diretta o partecipativa in cui il potere sovrano era esercitato direttamente dal popolo. I cittadini (esclusi gli schiavi, le donne e gli stranieri) si riunivano nell'agorà per discutere attivamente di leggi o decisioni politiche da assumere. Ogni cittadino aveva perciò la possibilità di proporre e votare direttamente le leggi.

La democrazia partecipativa classica era possibile in epoca antica per due motivi: perché la sovranità era limitata a una sola città, la *polis*, la cui popolazione raramente superava i 100.000 abitanti e perché i diritti politici erano riconosciuti solamente a una ristretta fetta di popolazione, ovvero ai cittadini maggiorenni.

Vi furono diversi filosofi greci che si occuparono di democrazia. Un primo riferimento lo si ritrova in Platone, il quale individuò cinque regimi governativi, in ordine discendente: aristocrazia, timocrazia, oligarchia, democrazia e infine tirannia come inevitabile conseguenza dei comportamenti demagogici legati all'acquisizione del consenso.

E' demagogo infatti colui che attraverso false promesse vicine ai desideri del popolo mira ad accaparrarsi il suo favore. La demagogia consiste in un rapporto diretto tra volontà unitaria di un soggetto e l'intero corpo politico che esprime consenso e rispetto alla quale non e' disciplinabile il pluralismo, l'opposizione, il dissenso e il confronto. Il demagogo sta al popolo come gli adulatori

stanno ai tiranni. Egli infatti fa promesse, si presenta come un genio, come una persona straordinaria però è più pericoloso degli adulatori, perché si trasforma in tiranno.

Un altro esempio lo troviamo in Aristotele, il quale individua tre forme pure e tre forme corrotte di governo: monarchia (governo del singolo), aristocrazia (governo dei migliori) e *timocrazia* (governo dei censi aventi diritto), che secondo il filosofo rischiavano di degenerare rispettivamente in tirannide, oligarchia (governo di un'élite) e democrazia (governo della massa). Quest'ultima è stata definita anche come dittatura della maggioranza, e per ciò dispotica e autoritaria, perché era il governo dei poveri a proprio esclusivo vantaggio.

Negli ordinamenti attuali, a differenza dell'antica Grecia, vige una democrazia indiretta o rappresentativa in cui il potere sovrano è esercitato da rappresentanti eletti dal popolo (il Parlamento). In realtà questa nozione di democrazia intesa come il potere del popolo di assumere direttamente o tramite rappresentanti le decisioni pubbliche non è in grado di dar conto delle attuali democrazie costituzionali. Infatti questa nozione di democrazia può essere definita anche come formale o procedurale, dato che identifica la democrazia sulla sola base delle forme e delle procedure idonee a legittimare le decisioni come espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare. La identifica perciò sulla base del "chi" e del "come" delle decisioni, indipendentemente dai loro contenuti, cioè da "che cosa" viene deciso.

Oggi, con l'entrata in vigore delle costituzioni rigide, la legittimazione popolare non è più sufficiente a legittimare qualunque decisione. Il potere legislativo e quello di governo sono giuridicamente limitati e vincolati con riguardo non soltanto più alle forme, ma anche alla sostanza del loro esercizio. Questi limiti e vincoli sostanziali o di contenuto sono stati imposti dai diritti fondamentali contenuti nelle odierne costituzioni.

La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali, imponendo divieti e obblighi ai pubblici poteri, ha infatti innestato anche nella democrazia una dimensione sostanziale relativa a ciò che non può essere o deve essere deciso da qualunque maggioranza in aggiunta alla dimensione politica, meramente formale o procedurale, relativa alle forme e alle procedure delle decisioni.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, viene perciò individuata una seconda dimensione della democrazia. I diritti fondamentali in essa stabiliti disegnano infatti la dimensione sostanziale della democrazia, che possiamo definire così perché riferita alla sostanza, cioè al "che cosa" dalle costituzioni è vietato o è obbligato decidere.

Se le regole sulla rappresentanza e sul principio di maggioranza sono norme formali in ordine a ciò che dalla maggioranza è decidibile, i diritti fondamentali circoscrivono quella che possiamo chiamare la sfera dell'indecidibile: del *non decidibile che*, ossia dei divieti corrispondenti ai diritti di libertà, e del *non decidibile che non*, ossia degli obblighi pubblici corrispondenti ai diritti sociali.

Politica e mercato si configurano in tal modo come la sfera del decidibile, rigidamente delimitata dalla sfera del non decidibile disegnata dall'insieme dei diritti fondamentali. Questi vengono così a configurarsi, diversamente dagli altri diritti, come altrettanti vincoli sostanziali normativamente imposti alle decisioni di maggioranza e al libero mercato. Ne risulta smentita la concezione corrente della democrazia quale sistema politico fondato su di una serie di regole che assicurano l'onnipotenza della maggioranza.

Si possono individuare due classi di diritti fondamentali: quelli che possiamo definire diritti formali di autonomia (i diritti politici nella sfera pubblica della politica e i diritti civili in quella privata del mercato) che assicurano la forma democratica delle decisioni, e quelli che si possono definire diritti sostanziali (i diritti di libertà e i diritti sociali) che assicurano la sostanza democratica⁷.

Ne risulta una configurazione della democrazia costituzionale quale modello normativo articolato in più dimensioni, corrispondenti ad altrettanti classi di diritti fondamentali: la democrazia politica,

⁷ Nel saggio *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, Ferrajoli propone una definizione di diritti fondamentali «sono 'diritti fondamentali' tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per '*status*' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio» (p. 5). Si tratta di una definizione teorica in quanto, pur essendo stipulata con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie, prescinde dalla circostanza di fatto che tali diritti siano formulati in carte costituzionali o in leggi fondamentali, e perfino dal fatto che essi siano enunciati in norme di diritto positivo. Non si tratta, in altre parole, di una definizione dogmatica cioè formulata con riferimento alle norme di un concreto ordinamento, come per esempio la costituzione italiana o quella spagnola. La previsione di tali diritti da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento è insomma condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento, ma non incide sul significato del concetto di diritti fondamentali. Meno ancora incide su tale significato la loro previsione in un testo costituzionale, che è solo una garanzia della loro osservanza da parte del legislatore ordinario. In secondo luogo si tratta di una definizione formale o strutturale, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, e si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione: inteso «universale» nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari. Di fatto sono tutelati come universali, e quindi fondamentali, la libertà personale, la libertà di pensiero, i diritti politici, i diritti sociali e simili. In realtà l'universalità dei diritti fondamentali dipende dall'estensione delle classi di soggetti a cui la loro titolarità è normativamente riconosciuta.

Ferrajoli distingue inoltre i diritti fondamentali dai diritti patrimoniali: i primi sono infatti universali, costituiscono la base dell'uguaglianza giuridica, sono indisponibili, alienabili, personalissimi e hanno titolo immediatamente nella legge, ossia sono conferiti tramite regole generali di rango di solito costituzionale; i secondi sono invece diritti singolari nel senso che per ciascuno di essi vi è un determinato titolare, sono disponibili, negoziabili e alienabili e sono soggetti a vicende, ossia destinati ad essere costituiti, modificati o estinti da atti giuridici. Ciò vuol dire che essi hanno titolo in atti di tipo negoziale o, comunque, in provvedimenti singolari: contratti, donazioni, testamenti, sentenze.

Vi è poi una quarta differenza: mentre i diritti patrimoniali sono per così dire orizzontali, i diritti fondamentali sono per così dire verticali. In un duplice senso. Innanzitutto nel senso che i rapporti giuridici intrattenuti dai titolari di diritti patrimoniali sono rapporti intersoggettivi di tipo civilistico, mentre i rapporti intrattenuti dai titolari di diritti fondamentali sono rapporti di tipo pubblicistico, ossia dell'individuo nei confronti dello Stato. In secondo luogo, e soprattutto, nel senso che mentre ai diritti patrimoniali corrispondono o il generico divieto di non lesione nel caso dei diritti reali oppure obbligazioni debitorie nel caso dei diritti personali o di credito, ai diritti fondamentali, ove siano espressi da norme costituzionali, corrispondono divieti ed obblighi a carico dello Stato, la cui violazione è causa di invalidità delle leggi e degli altri provvedimenti pubblici e la cui osservanza è al contrario condizione di legittimità dei pubblici poteri.

Questa opposizione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali la ritroviamo anche in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Vol., Roma-Bari, Laterza, 2007.

assicurata dalle garanzie dei diritti politici, la democrazia civile, assicurata dalle garanzie dei diritti civili, la democrazia liberale assicurata dalle garanzie dei diritti di libertà e infine la democrazia sociale assicurata dalle garanzie dei diritti sociali.⁸

MUTAMENTO DI RUOLO DELLA SCIENZA GIURIDICA

Il mutamento delle condizioni di validità delle leggi retroagisce, oltre che sulla struttura della democrazia, anche sul ruolo della cultura giuridica e sul ruolo della giurisdizione. Non è più sostenibile la vecchia tesi sostenuta da Bobbio secondo cui la scienza giuridica ha solo il compito di descrivere l'esistente. Il mutamento delle condizioni di validità delle leggi introduce nel nostro ordinamento la virtuale presenza del diritto illegittimo per commissione o per omissione. Questo mutamento rende insostenibile la tesi del carattere puramente avalutativo della scienza giuridica.

Anche per quanto riguarda il giudice continua a essere soggetto alla legge ma questa soggezione diventa più complessa perché egli deve tenere conto della soggezione della legge alla Costituzione⁹.

La scienza giuridica ne risulta così alterata.

In realtà non potremmo mai capire il ruolo progressista che ha svolto la scienza giuridica se non tenessimo conto del mutamento di statuto prodotto dalla Costituzione.

La scienza giuridica non può più limitarsi a descrivere ma deve anche rilevare i vizi. Essa viene quindi investita di un ruolo critico nei confronti del diritto esistente. Non possiamo più accettare l'esistenza di norme che violano, per esempio, il principio di uguaglianza attribuendo delle immunità a determinate cariche ecc., così come non possiamo non criticare il diritto esistente per omissione, in caso, per esempio, di mancata attuazione del diritto all'istruzione, del diritto alla salute ecc. Dunque la scienza giuridica viene investita di un ruolo critico e progettuale nei confronti delle lacune delle leggi che devono essere emanate.

⁸ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma, Laterza, 2011, p. 11

⁹ Della differenza tra legge e Costituzione si è occupato Gustavo Zagrebelsky nel suo libro *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, nel quale egli afferma che «la Costituzione è forma della convivenza, la legge è forma della forza. La Costituzione è norma che aspira a durare, la legge è norma fuggevole che dipende dalle circostanze; la Costituzione è norma nella quale si esprime l'autonomia delle componenti sociali, di tutte le componenti sociali, mentre la legge è norma che esprime la prevalenza di una parte delle componenti sociali sulle altre» «Dovrebbe essere chiaro a questo punto», scrive l'autore, «che trattare la Costituzione come una legge, per quanto le si riconosca una sua particolarità di natura formale, significa trascurarne o travisarne i caratteri più profondi» (p. 157).

CONSIDERAZIONI FINALI

La storia del costituzionalismo è perciò la storia di un progressivo allargamento della sfera pubblica dei diritti; una storia certamente non teorica, ma "sociale e politica", proprio nel senso che i diritti non sono calati dall'alto ma il frutto di lotte sociali e rotture istituzionali: a partire dalle rivoluzioni americana e francese, attraverso i moti ottocenteschi per gli statuti, infine le lotte operaie, femministe, pacifiste ed ecologiste del Novecento.

Le costituzioni rigide sono infatti il frutto delle dittature novecentesche. È proprio sulla base di tali esperienze tragiche che si è compreso come fosse necessario stipulare principi fondamentali che si ponessero come limite all'arbitrio politico e che nessuna maggioranza potesse modificare.

Le costituzioni sono perciò un completamento dello stato di diritto e dello stesso positivismo giuridico perché con esse vengono positivizzati principi e diritti.

BIBLIOGRAFIA

- L. Ferrajoli , *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma, Laterza, 2011
- L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999
- L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*”, Roma-Bari, Laterza, I ed, 2001
- G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il mulino, Bologna, 2009
- H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966