

I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale

Luigi Ferrajoli

(Professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università di Roma Tre)

Abstract From the point of view of legal theory, Ferrajoli distinguishes directive principles and regulative principles. The firsts enact to pursue constitutional purposes; the seconds are both principles in the form of arguments and definite rules which are applied by subsumption. Basic rights are regulative principles as they have nature both of arguments, as all the principles, and of rules. If consequently the greater part of basic rights are rules which are applied by subsumption, normative conflicts should be solved not by balancing, but by recurring to constitutional hierarchies, which the interpretative activity of judges identifies and discovers. From this it results that Alexy's theory of balancing is a wrong reconstruction of legal reasoning. This theory furthermore brings the danger to subtract judicial activity to the binding force of the law.

Sommario 1. Che cosa sono i diritti fondamentali? – 2. La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali: un mutamento di paradigma del diritto e della democrazia. – 3. La legittimità democratica della giurisdizione costituzionale. – 4. L'argomentazione costituzionale: principi e regole.

1 Che cosa sono i diritti fondamentali?

La tesi che intendo sostenere è che esiste un nesso di reciproca implicazione tra *diritti fondamentali* e *democrazia costituzionale*; al punto che le quattro classi o tipi di diritti nelle quali a mio parere possono essere distinti tutti i diritti fondamentali – i *diritti politici*, i *diritti civili*, i *diritti di libertà* e i *diritti sociali* – corrispondono e valgono a fondare altrettante dimensioni della democrazia: la *democrazia politica*, basata sul suffragio universale, cioè sull'attribuzione a tutti i cittadini capaci d'agire dei diritti politici o di autonomia politica; la *democrazia civile*, basata a sua volta sull'attribuzione a tutti i soggetti capaci d'agire dei diritti civili di autonomia negoziale; la *democrazia liberale*, basata sull'attribuzione a tutti delle libertà fondamentali, come la libertà di coscienza, la libertà religiosa, la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione e la libertà di associazione; infine la *democrazia sociale*, basata sull'attribuzione a tutti dei diritti sociali, come i diritti alla salute, all'istruzione, alla previdenza, alla sussistenza e simili.

Relazione tenuta presso l'Università Ca' Foscari Venezia l'8 maggio 2014.

Prima di affrontare il tema di questo nesso tra diritti fondamentali e democrazia mi sembra però opportuno chiarire il senso della nozione di diritti fondamentali. Che cosa intendiamo con 'diritti fondamentali'? A me pare che questa domanda possa essere intesa in tre sensi diversi, che corrispondono ad altrettante domande distinte: 1) *quali sono*, 2) *quali è giusto che siano* e 3) *che cosa sono* i diritti fondamentali. Si tratta di tre domande diverse, che dobbiamo distinguere nettamente essendo diverse non solo le risposte che ad esse possono essere date, ma anche gli approcci disciplinari e i punti di vista dai quali tali risposte possono essere formulate. Gran parte delle incomprensioni e degli pseudo-problemi di solito sollevati dal dibattito sui diritti fondamentali sono il frutto della confusione tra queste tre diverse questioni e tra le diverse risposte da esse ammesse.

Cominciamo con la prima questione: *quali sono i diritti fondamentali?* È questa una domanda rivolta al diritto positivo. La risposta è una risposta di tipo assertivo, formulata sulla base dell'analisi e dell'interpretazione delle norme dei diversi ordinamenti. È perciò una risposta espressa dalla dogmatica costituzionalistica dei diversi sistemi giuridici e dalla dogmatica internazionalistica. Sono diritti fondamentali, per esempio nell'ordinamento italiano o tedesco, quei diritti sanciti come tali dal diritto positivo italiano e dal diritto tedesco, come i classici diritti di libertà, dalla libertà religiosa alla libertà di stampa e alle libertà di riunione e di associazione, i diritti sociali alla salute, all'istruzione, alla previdenza, alla sussistenza e simili. Sono diritti fondamentali, nel diritto internazionale, quei diritti sanciti come tali dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dai Patti internazionali del 1966 e dalle altre convenzioni internazionali sui diritti umani.

Diversa è la seconda questione: *quali diritti è giusto che siano tutelati e garantiti come diritti fondamentali?* È questa una questione di filosofia politica, che ammette risposte di tipo non assertivo ma normativo, né vere né false, ma legate alle opzioni etico-politiche espresse dalle diverse culture morali e politiche e basata perciò sui criteri meta-etici e meta-politici dettati da tali culture. Mi pare che i criteri assiologici suggeriti dall'esperienza storica del costituzionalismo delle nostre democrazie siano essenzialmente tre: l'uguaglianza, la pace e la dignità della persona. Meritano in base ad essi di essere garantiti come fondamentali tutti quei diritti che in tanto garantiscono la convivenza pacifica e la dignità della persona in quanto garantiscono l'uguaglianza di tutti nei diritti fondamentali: come i diritti sociali la cui garanzia vale a ridurre le disuguaglianze economiche e sociali e, ancor prima, i diritti di libertà, che garantiscono l'uguale valore di tutte le differenze personali - di nazionalità, di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, come dice l'art. 3, comma 1 della costituzione italiana - che fanno di ciascuna persona un individuo differente da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre.

Dal tutto diversa da queste due prime questioni è infine quella espressa dalla terza delle nostre tre domande: *che cosa sono o, se si preferisce, in che cosa consistono i diritti fondamentali?* La risposta a questa terza domanda è la definizione del concetto di ‘diritti fondamentali’ offerta dalla teoria del diritto. La definizione teorica che a me è parsa più appropriata e feconda è quella che identifica i diritti fondamentali con tutti quei diritti che sono attribuiti universalmente a tutti – in quanto persone o in quanto cittadini e/o in quanto capaci d’agire – e che sono perciò indisponibili e inalienabili. Si tratta, come le definizioni di tutti gli altri termini teorici, di una definizione stipulativa di carattere formale: essa non ci dice nulla sui contenuti di tali diritti, ossia sui bisogni e sulle immunità che sono o dovrebbero essere sancite come fondamentali, ma identifica solo la forma o la struttura logica di quei diritti che conveniamo di chiamare “fondamentali” nell’universalità dei loro titolari: contrariamente ai diritti patrimoniali, come il diritto reale di proprietà e il diritto di credito, che sono diritti singolari e disponibili, spettanti a ciascuno con esclusione degli altri e parametri quindi della disuguaglianza giuridica, i diritti fondamentali sono diritti universali, siccome tali indisponibili e inalienabili e parametri quindi dell’uguaglianza giuridica.

Grazie al suo carattere formale, questa definizione è inoltre ideologicamente neutrale: in base ad essa sono infatti diritti fondamentali anche diritti cui non associamo nessun valore, ma semmai un disvalore, come è per esempio il diritto di portare armi sancito dal secondo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Ma è proprio questo carattere formale della definizione – connesso unicamente alla sua forma logica, cioè alla quantificazione universale dei titolari di tali diritti – che ne assicura la massima portata empirica ed esplicativa e che, insieme, vale a identificare il modello teorico della democrazia costituzionale nella garanzia di quei diritti di tutti che vengono stipulati come vitali ed imposti, attraverso la loro formulazione in norme costituzionali, come limiti e vincoli all’esercizio di tutti i pubblici poteri.

2 La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali: un mutamento di paradigma del diritto e della democrazia

Vengo così al tema della mia relazione: il nesso tra diritti fondamentali e democrazia. Che cosa ha comportato la costituzionalizzazione di tali diritti? Ha determinato la loro trasformazione da diritti naturali o morali in diritti positivi di rango costituzionale, e perciò da limiti e vincoli solo politici o esterni in vincoli giuridici o interni all’ordinamento. E ha perciò cambiato la natura sia del diritto che della democrazia.

Si è trattato di un mutamento profondo di paradigma dell’uno e dell’altra. Nel paradigma paleopositivistico del vecchio stato liberale la legge,

qualunque ne fosse il contenuto, era la fonte suprema e illimitata del diritto. A parte gli Stati Uniti, la cui costituzione fu rigida fin dall'inizio ma per ragioni e con effetti del tutto diversi da quelli della rigidità delle costituzioni europee, e, in Europa, il breve esperimento austriaco del 1920, è solo nel secondo dopoguerra che la rigidità costituzionale è diventata il tratto caratteristico delle costituzioni, a cominciare dalla Costituzione italiana del 1948 e dalla Legge Fondamentale tedesca del 1949. Prima di allora le costituzioni erano flessibili, cioè consistevano in leggi solenni, ma pur sempre leggi, soggette, come le altre, ai principi della successione delle leggi nel tempo e perciò non in grado di limitare giuridicamente il potere legislativo. Basti ricordare lo Statuto albertino del Regno d'Italia, che fu da tutti considerato una semplice legge ordinaria, tanto che la sua demolizione nel 1925 ad opera delle leggi fasciste di Mussolini non fu considerata, formalmente, un colpo di stato.

Giacché non esisteva nell'immaginario dei giuristi e nel senso comune, fino agli anni Quaranta del secolo scorso, l'idea di una legge sulle leggi, di un diritto sul diritto. Ed era inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge. Era inconcepibile per la cultura giuridica, basata sull'idea giuspositivista della legge come unica fonte, perciò onnipotente, del diritto. E lo era altresì per la cultura politica, basata a sua volta sull'idea della legge come espressione della volontà popolare, in democrazia non limitabile né vincolabile. Sicché il legislatore era a sua volta concepito come onnipotente, e onnipotente era di conseguenza la politica, della quale il diritto è il prodotto. Con il risultato, altresì, di una concezione tutta formale e procedurale della democrazia, identificata unicamente con il potere diretto o indiretto del popolo, ossia con le procedure e i meccanismi rappresentativi volti ad assicurare il potere della maggioranza.

Ebbene, questo assetto istituzionale cambia radicalmente in quella straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949. La rigidità delle costituzioni del dopoguerra - della Costituzione giapponese del 1946, della Costituzione italiana del 1948, della Legge fondamentale tedesca nel 1949 e poi della Costituzione portoghese del 1976 e di quella spagnola del 1978 - è la forma che assume il "mai più" costituzionale agli orrori dei totalitarismi e delle guerre. Questo "mai più" consiste precisamente nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, che vale a innestare nelle condizioni di validità delle leggi una dimensione sostanziale estranea al vecchio modello dello stato legislativo di diritto.

Si capisce il mutamento radicale che si produce nella struttura sia del diritto che della democrazia. La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali - imponendo obblighi e divieti ai pubblici poteri, e perciò la coerenza delle norme inferiori con le norme superiori - ha innestato nelle condizioni di validità delle leggi, in aggiunta alla vecchia dimensione formale consistente nel rispetto delle forme della loro produzione, una dimensione sostanziale consistente nella coerenza dei contenuti delle norme prodotte con i diritti

fondamentali costituzionalmente stabiliti. E, di riflesso, ha innestato questa medesima dimensione *sostanziale*, in aggiunta alla tradizionale dimensione politica o *formale* o *procedurale*, anche nella struttura della democrazia. Se infatti le norme formali della costituzione – quelle di competenza e quelle procedurali sul funzionamento dei pubblici poteri – garantiscono la dimensione formale della “*democrazia politica*” relativa al *chi* e al *come* delle decisioni, le sue norme sostanziali – quelle che stabiliscono i principi e i diritti fondamentali – garantiscono quella che ben possiamo chiamare la dimensione sostanziale della “*democrazia costituzionale*”, dato che riguardano il *che cosa* non può essere deciso o non deciso da qualunque maggioranza, vincolando la legislazione, a pena d’invalidità, al rispetto e all’attuazione dei diritti fondamentali e degli altri principi assiologici “da esse stabiliti”.

Ne risulta un mutamento nel rapporto tra la politica e il diritto. Non è più il diritto ad essere subordinato alla politica, ma è la politica che diventa strumento di attuazione del diritto, sottoposta ai limiti e ai vincoli ad essa imposti dai diritti costituzionalmente stabiliti: ai limiti o divieti generati dai *diritti di libertà* che non possono essere violati, e ai vincoli o obblighi generati dai *diritti sociali* che non possono non essere soddisfatti. Questi limiti e questi vincoli disegnano quella che ho chiamato la *sfera del non decidibile*: di ciò che nessuna maggioranza può decidere, e cioè la lesione dei diritti di libertà, e di ciò che nessuna maggioranza può non decidere, e cioè la soddisfazione dei diritti sociali. E definiscono, conseguentemente, gli spazi legittimi della politica, cioè la *sfera del decidibile*, rigidamente delimitata dai diritti fondamentali.

Ne risulta un modello quadri-dimensionale di democrazia ancorato, come ho detto all’inizio, alle quattro classi di diritti nelle quali possono essere distinti tutti i diritti fondamentali: i *diritti politici*, i *diritti civili*, i *diritti di libertà* e i *diritti sociali*. I primi due tipi di diritti, quelli di autonomia politica e quelli di autonomia civile, valgono a fondare la legittimità democratica della *forma* delle decisioni, rispettivamente nella sfera dello Stato e in quella del mercato, e perciò la *dimensione formale* della democrazia: da un lato la *democrazia politica*, dall’altro la *democrazia civile*. Gli altri due tipi di diritti, di libertà e sociali, riguardando ciò che all’autonomia sia politica che privata è vietato o obbligatorio decidere, valgono a fondare la legittimità democratica della *sostanza* delle decisioni, e perciò la *dimensione sostanziale* della democrazia: da un lato la *democrazia liberale* o *liberal-democrazia*, dall’altro la *democrazia sociale* o *social-democrazia*.

Si è così compiuto, con la costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali, una sorta di miracolo. L’antico, ricorrente contrasto tra *ragione* e *volontà*, tra *legge della ragione* e *legge della volontà*, tra *diritto naturale* e *diritto positivo* – in breve tra Antigone e Creonte – che fin dall’antichità attraversa l’intera filosofia giuridica e politica e corrisponde all’antico e parimenti ricorrente dilemma e contrasto tra il *governo delle leggi* e il *governo degli uomini*, è stato in gran parte risolto dalle odierne costituzioni rigide;

le quali hanno trasformato in norme costituzionali le leggi della ragione, pur storicamente determinate, rivendicate da Antigone come principi e diritti fondamentali, imponendole quali altrettanti limiti e vincoli a Creonte, cioè al potere politico e alla “legge della volontà”, che in democrazia è la legge del numero espressa dal principio di maggioranza.

Ebbene, è chiaro che la normatività della Costituzione nei confronti della legislazione ordinaria genera una virtuale ma inevitabile *divaricazione deontica* tra il dover essere del diritto secondo il suo modello costituzionale e il suo essere effettivo. Genera, in altre parole, la virtuale presenza del *diritto illegittimo*, stranamente negata da Hans Kelsen come una «contraddizione in termini»: l’illegittima presenza di antinomie, cioè di norme invalide perché in contrasto con la Costituzione, che richiede di essere accertata e sanzionata tramite annullamento da un’apposita giurisdizione di costituzionalità. Di qui i due problemi che sono stati sollevati da Robert Alexy nella sua relazione di oggi e che anch’io intendo affrontare, sia pure sommariamente: la *questione istituzionale* della legittimità democratica della giurisdizione deputata al controllo costituzionale sulle leggi votate da parlamenti democraticamente eletti e la *questione metodologica* del tipo di ragionamento attraverso il quale viene accertata l’illegittimità costituzionale delle norme invalide.

3 La legittimità democratica della giurisdizione costituzionale

Poche parole sulla prima questione. La necessità di una giurisdizione costituzionale diretta ad accertare e ad annullare le violazioni della Costituzione è un corollario del principio di legalità costituzionale, essenziale alla tenuta dello stato costituzionale di diritto. Senza il controllo giurisdizionale sul diritto illegittimo per violazione della Costituzione, lo stesso principio di legalità risulterebbe di fatto vanificato, rigidità e normatività delle costituzioni verrebbero di fatto meno, non ci sarebbe rimedio all’ineffettività dei diritti costituzionalmente stabiliti e l’intero paradigma costituzionale si ridurrebbe a una lustra ideologica.

Certamente le costituzioni, e in particolare le norme sui diritti fondamentali, impongono limiti e vincoli alla volontà delle maggioranze e perciò alla democrazia politica. Ma questo non solo non toglie la legittimità democratica della giurisdizione costituzionale sulle loro violazioni, ma vale al contrario a rafforzarla. In primo luogo perché la giurisdizione di costituzionalità non interferisce nella sfera legittima della politica, cioè in quella che ho chiamato la sfera del decidibile, bensì nella sua sfera illegittima, cioè in quella che ho chiamato la sfera del non decidibile. In secondo luogo perché i limiti e i vincoli imposti dai diritti fondamentali alle contingenti maggioranze sono al tempo stesso una garanzia, un rafforzamento e un’integrazione della democrazia, sicché la loro protezione giurisdizionale equivale a una protezione della democrazia.

Sono innanzitutto una *garanzia*. In loro mancanza è ben possibile il suicidio della democrazia, come avvenne in Italia e in Germania nel primo Novecento. Contrariamente alla tesi secondo cui il potere costituente è sempre in atto e la costituzione è sempre modificabile, non essendo consentito a quanti l'hanno stipulata sottrarre il medesimo potere alle generazioni future – come sostenne Emmanuel-Joseph Sieyès e come stabilì l'art. 1 del titolo VII della Costituzione francese del 1791 –, dobbiamo riconoscere che proprio questo è il ruolo di ogni costituzione garantito dalla rigidità dei suoi principi supremi di libertà e democrazia: legare le mani delle generazioni future, per impedire che taluna di queste possa amputare le mani delle generazioni successive.

Limiti e vincoli di contenuto all'onnipotenza delle maggioranze sono in secondo luogo un *rafforzamento* della democrazia. Senza la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali, a cominciare dal diritto all'istruzione, non è neppure possibile la garanzia di un esercizio libero, informato e consapevole dei diritti politici, primo tra tutti il diritto di voto. Come ha mostrato lo sviluppo storico delle nostre democrazie, avvenuto con il moltiplicarsi dei diritti fondamentali e delle loro garanzie, i diritti sono tra loro in un rapporto, ben più che di conflitto, di sinergia: i diritti politici presuppongono le garanzie dei diritti di libertà, dalla libertà di stampa alle libertà di riunione e di associazione, e questi e quelli presuppongono a loro volta i diritti sociali all'istruzione, alla salute e alla sussistenza.

Infine la stipulazione di una sfera del non decidibile consistente nell'imposizione ai poteri di maggioranza dei limiti e dei vincoli corrispondenti ai diritti fondamentali rappresenta una potente *integrazione* della democrazia. Tali diritti consistono infatti in poteri e contropoteri in capo a tutti e a ciascuno e perciò alle persone in carne ed ossa dalle quali è formato il popolo nella sua concretezza. Grazie ad essi le persone naturali cui le costituzioni attribuiscono diritti fondamentali vengono collocati al di sopra di tutti i poteri costituiti, che al loro rispetto e alla loro attuazione sono normativamente vincolati. È in questa comune collocazione al vertice dell'ordinamento, proveniente dalla comune titolarità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, che risiede la "sovranità popolare" nell'unico senso nel quale questa figura è compatibile con il paradigma costituzionale: quale *garanzia negativa*, nel senso che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro, e nessun potere costituito può appropriarsene e usurparla, e quale *garanzia positiva* nel senso che, non essendo il popolo che la somma delle persone che lo compongono, la sua sovranità equivale alla somma di quei poteri e contropoteri nei quali consistono i diritti fondamentali e che corrispondono perciò, in quanto diritti universali, ad altrettanti *frammenti di sovranità popolare*.

Mi sembra invece una categoria al tempo stesso confusa e fuorviante quella della "rappresentanza argomentativa" proposta da Robert Alexy a sostegno della legittimazione democratica della giurisdizione costituzio-

nale. La legittimità democratica di tale giurisdizione sarebbe assicurata dall'argomentazione razionale delle pronunce delle Corti, tanto più condivisibile da un elevato numero di persone razionali quanto più sviluppata in maniera razionale. Risiederebbe, in breve, sul consenso, sia pure sul consenso razionale delle persone razionali.

Non sono d'accordo. La rappresentanza politica è rappresentanza della volontà, o degli interessi, o delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori, e non certo rappresentanza di un ideale perché razionale consenso popolare prestato all'argomentazione giurisdizionale. Ma soprattutto non sono d'accordo perché penso che il fondamento della legittimità democratica della giurisdizione e, più in generale, di quelle che ho chiamato "funzioni di garanzia", è totalmente diverso da quello della legittimità delle "funzioni politiche di governo". La legittimazione democratica delle funzioni di governo riposa sulla rappresentanza politica. Quella delle funzioni di garanzia, e più che mai della giurisdizione, consiste invece nell'accertamento della verità processuale, sia pure opinabile in diritto e probabilistica in fatto, delle tesi che accertano la violazione di legge sottoposta a giudizio. È insomma una legittimazione non soltanto indipendente, ma perfino in contrasto con il consenso popolare. È questo il senso della classica frase «ci sarà un giudice a Berlino!» e, insieme, il fondamento dell'indipendenza dei giudici: deve pur esserci un giudice a Berlino che sia capace, per la sua terzietà e per la sua indipendenza di giudizio, di accertare il torto e la ragione; per esempio, di assolvere un imputato, sulla base della correttezza di tale accertamento, quando tutti - opinione pubblica, stampa, forze politiche, autorità di governo - chiedono la condanna e di condannare quando tutti chiedono l'assoluzione; oppure, ed ancor più evidentemente, di accertare l'incoerenza di una legge con una norma costituzionale allorché la maggioranza politica, che poi è la stessa che ha prodotto la legge, ne ritiene la coerenza con la costituzione.

Significa questo che non esiste nessun rapporto tra giurisdizione e volontà politica del popolo? Che l'espressione "in nome del popolo" di solito premessa alle pronunce giudiziarie è una formula priva di senso ed anzi sbagliata? Al contrario. Il giudice si connette alla sovranità popolare proprio perché applica la legge o la costituzione; e perché la applica non già nella forma del bilanciamento bensì in quella della sussunzione. Giacché la legge, almeno nel suo modello normativo, si configura come espressione della volontà popolare, o più esattamente della volontà parlamentare o di quella costituente quale è espressa, in forma democratica, prima del giudizio. Ed è chiaro che la legittimazione democratica dei giudici sarà tanto maggiore quanto maggiore sarà la loro soggezione alla legge, cioè alle norme da essi applicate. Per questo l'odierna deriva inflazionistica della legislazione e il dissesto del linguaggio legale, con gli spazi di discrezionalità da essi aperti alla giurisdizione, è oggi uno dei principali fattori di crisi del stato di diritto e della stessa democrazia.

4 L'argomentazione costituzionale: principi e regole

Più complessa e problematica è la seconda questione, quella del tipo di ragionamento che presiede all'applicazione dei diritti fondamentali ad opera della giurisdizione di costituzionalità. Su questa questione le mie opinioni sono assai diverse da quelle di Robert Alexy.

Dirò subito che considero la distinzione tra principi e regole un'acquisizione basilare della teoria del diritto, della quale siamo debitori a Robert Alexy, oltre che a Ronald Dworkin. Sono *regole*, stando alla definizione proposta da Alexy nella relazione di oggi, le norme che impongono qualcosa perentoriamente («*rules are norms that require something definitively*»); più esattamente, secondo la definizione da lui formulata nella sua *Teoria dei diritti fondamentali* «le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate»¹, sicché, «se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede». Sono al contrario *principi*, secondo Alexy, le norme che consistono in «mandati di ottimizzazione», cioè in norme che dispongono che «qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto»². La forma di applicazione delle regole, aggiunge Alexy, è la *sussunzione*. La forma di applicazione dei principi è il *bilanciamento*.

Ebbene, il mio dissenso non riguarda la nozione di principi né quella di regole, ma l'eccessiva estensione assegnata da Robert Alexy alla nozione di principi. Ci sono certamente, nelle Costituzioni, norme che non consistono in regole, non essendo identificabile ciò che esse «impongono perentoriamente» oppure vietano altrettanto perentoriamente. Sono tali, per esempio, norme costituzionali come l'art. 1 della Costituzione italiana: «l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro»; o l'art. 3 capoverso: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»; o l'art. 9: «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», e simili. Si tratta di norme fondamentali che ho chiamato *direttive* o *principi direttivi*: esse definiscono l'identità democratica della Repubblica e sono utilizzabili come argomenti nell'interpretazione delle norme, ma certamente non sono regole, non essendone configurabili specifici atti di osservanza o di violazione.

È sull'eccessiva estensione che Alexy e gran parte dei filosofi neocostituzionalisti associano alla nozione di principi che non sono d'accordo. In tale nozione Alexy fa infatti rientrare tutti i diritti fondamentali, dai diritti

1 Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 107.

2 Cfr. ALEXY, *op. cit.*, p. 106.

di libertà ai diritti sociali, che a suo parere non consisterebbero in regole bensì in mandati di ottimizzazione.

Domando: perché mai? Sono regole, dice Alexy, le norme che possono essere realizzate o non realizzate: oppure, ha scritto Dworkin, le norme «applicabili nella forma del tutto-o-niente». Diciamo, più semplicemente, che sono regole quelle norme delle quali è configurabile una violazione empiricamente determinabile. Certamente non sono regole, sulla base di questa definizione, i principi direttivi che ho sopra esemplificato, come «l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro», «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza» e simili. Di tali norme, infatti, non è configurabile nessuna specifica violazione. Ma perché dovrebbero essere considerati principi direttivi e non regole anche la maggior parte dei diritti fondamentali e il principio di uguaglianza? Di queste norme sono ben configurabili precise violazioni. E certamente, di fronte alle loro violazioni, queste norme, pur se formulate nella forma di diritti o principi, si trasformano in regole, o se si preferisce in quelli che ho chiamato *principi regolativi*, cioè in divieti perentori. Il principio di uguaglianza, per esempio, di fronte alla sua violazione si converte e si comporta come divieto perentorio di discriminazioni. I diritti di libertà, come la libertà di stampa o di riunione o di associazione, di fronte alle loro violazioni si convertono nei e si comportano come i corrispondenti divieti, dal divieto della censura a quello della repressione o limitazione del concreto esercizio di tali diritti. I diritti alla salute e all'istruzione (in Italia «per almeno otto anni», dice l'art. 34), a loro volta, impongono perentoriamente (*definitively*) le prestazioni sanitarie e l'istruzione obbligatoria. In tutti questi casi i diritti fondamentali vengono in rilievo come regole e la loro applicazione ha la forma della sussunzione delle loro violazioni nei divieti o negli obblighi ad essi corrispondenti. Certamente ci sono norme costituzionali che enunciano principi direttivi utilizzando il linguaggio dei diritti: è il caso del «diritto al lavoro» previsto dall'art. 4 della Costituzione italiana che in realtà, non essendone configurabile in una società capitalistica nessuna specifica violazione, non è certamente una regola. Ma la maggior parte dei diritti fondamentali sono riducibili a regole, se per regole intendiamo, ripeto, tutte le norme che vietano o impongono qualcosa, come sono i diritti di libertà dei quali è vietata la lesione o restrizione e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione.

La questione, di cui discutiamo da anni, non è una questione accademica, ma ha rilevanti implicazioni pratiche. Concepire i diritti non come regole ma come principi direttivi consistenti in mandati di ottimizzazione e affidati alla ponderazione significa indebolire enormemente - di fatto a negare - la normatività delle costituzioni. Giacché il bilanciamento fra più principi equivale alla scelta, sia pure razionalmente argomentata, del principio da applicare a scapito dei principi non applicati. E questo comporta, sia che la scelta venga operata dal legislatore, sia che venga operata dal giudice, un capovolgimento della gerarchia delle fonti, essendo l'applicazione dei

principi costituzionali rimessa alle scelte discrezionali dei legislatori e dei giudici costituzionali che alla costituzione dovrebbero invece essere sottoposti. Comporta inoltre, quando la ponderazione viene attuata in sede giurisdizionale, una lesione della separazione dei poteri, a causa del ruolo creativo con essa assegnato alla giurisdizione quale fonte di diritto.

Ma – si obietta di solito, a sostegno della concezione come principi direttivi dei diritti fondamentali – tutto questo, cioè la pratica del bilanciamento, è esattamente quanto accade e non può non accadere a causa del conflitto tra diritti fondamentali. Io credo che questa tesi del necessario bilanciamento tra principi in conflitto sia il frutto di una fuorviante ricostruzione del ragionamento giudiziario. Innanzitutto la tesi del conflitto tra diritti viene di solito indebitamente generalizzata e drammatizzata. In molti casi i diritti non sono affatto in conflitto e ci troviamo, semmai, di fronte a una subordinazione dell'esercizio di taluni di essi al rispetto degli altri. È il caso, assai spesso portato ad esempio di conflitto, del concorso tra diritti civili di autonomia negoziale e imprenditoriale e altri diritti, come i diritti dei lavoratori, i diritti alla salute lesi da possibili inquinamenti e simili: in tal caso, infatti, è l'esercizio dei diritti civili che, consistendo in atti di grado subordinato al livello dei diritti costituzionalmente stabiliti e ancor prima della legge, non può violare gli altri diritti fondamentali. Ma è anche il caso dei diritti di libertà consistenti in semplici immunità, come la libertà di pensiero o di coscienza, o l'immunità da torture. Simili diritti, non consistendo in facoltà ma solo in immunità, non possono entrare in conflitto con altri diritti: sono un limite agli altri diritti, non limitabile dal loro esercizio.

Naturalmente non nego affatto che possono ricorrere conflitti tra diritti. Ma in tali casi, come indirettamente ammettono gli stessi teorici della ponderazione che parlano di "specificazione" o "concretizzazione" dei principi, ciò che è fatto oggetto di ponderazione non sono i principi, ma le circostanze del caso concreto che ne fanno sempre un caso irripetibilmente diverso da tutti gli altri casi. Ho l'impressione che in questi casi, se parliamo di ponderazione dei principi, finiamo per confondere le norme con i fatti. In concreto, infatti, ciò che cambiano non sono le norme, che sono sempre uguali, ma i casi giudicati, che sono sempre irriducibilmente diversi l'uno dall'altro, pur se sussumibili nelle medesime norme.

La cosiddetta ponderazione investe perciò, in questi casi, non già le norme da applicare, bensì i connotati singolari e irripetibili dei fatti sottoposti al giudizio. Interviene nell'accertamento della verità fattuale, e non in quello della verità giuridica. Si pensi, in materia penale, alla valutazione delle circostanze attenuanti e di quelle aggravanti e al giudizio di prevalenza delle prime sulle seconde o delle seconde sulle prime; o al giudizio sulla proporzionalità della difesa all'offesa, o del fatto offensivo al pericolo per salvarsi dal quale il suo autore l'ha commesso, ai fini del riconoscimento o meno delle esimenti della legittima difesa e dello stato di necessità; o al bilanciamento degli indizi, delle prove e controprove nell'induzione probatoria; o

alla valutazione della gravità del reato sulla base delle sue concrete e singolari circostanze. Si pensi, in materia civile, alla ponderazione delle svariate circostanze del fatto e degli interessi in gioco ai fini della valutazione della buona fede, o dell'entità del danno ingiusto, o della colpa negli illeciti civili, o dei vizi dell'errore o del dolo o della violenza nel consenso nei contratti, o delle condotte e delle colpe dei coniugi nel giudizio di separazione, o simili. Si pensi, in materia costituzionale, ai diversi interessi concorrenti e alle molteplici e imprevedibili circostanze di fatto ponderate ai fini della valutazione delle violazioni del principio di uguaglianza, o di quello della dignità della persona, o dei diritti fondamentali, siano essi di libertà o sociali. Ma si pensi anche a gran parte dei casi ricordati da Robert Alexy nella sua relazione, che mi sembrano casi le cui soluzioni talora compromissorie (come nel caso dei tabacchi) sono il frutto della ponderazione non già dei principi tra loro in concorso, ma delle concrete circostanze dei fatti sottoposti a giudizio. In tutti questi casi i giudici non valutano le norme alle quali sono soggetti, ma i comportamenti e le situazioni che sono chiamati appunto a giudicare. Non pesano le norme, ma le circostanze dei fatti sottoposti al loro giudizio. E non possono non farlo perché il giudizio non verte sui fatti in astratto, ma su fatti concreti e sulle loro irripetibili circostanze e caratteristiche.

Dunque questo tipo di ponderazione equivale a un'operazione richiesta da quella che ho altrove chiamato la dimensione equitativa della giurisdizione: una dimensione indebitamente trascurata dalla riflessione epistemologica e che forma invece una componente essenziale e ineludibile di qualunque giudizio. C'è un equivoco epistemologico, in tema di equità, che pesa, da Aristotele in poi, sulla nostra tradizione giuridica. L'equità sarebbe «un correttivo al giusto legale» ovvero «il giusto che va oltre la legge» (Aristotele), o la «retta ragione, la quale interpreta e corregge la legge» (Hobbes), o «una deroga che si fa al diritto formale» (Hegel), o una «stampella della giustizia» che ci porta «a trasgredire la giustizia formale» (Perelman) o un rimedio alle «storture della legge, attraverso il rinvio al diritto naturale» (Carnelutti), oppure, infine, «la giustizia dell'uomo in contrasto con la giustizia della legge» (Bobbio). In realtà essa non si oppone affatto alla legge e alla giustizia legale o formale, consistendo in null'altro che nella comprensione e nella valutazione delle concrete e irripetibili circostanze e connotati che fanno di ciascun fatto un fatto diverso da tutti gli altri, pur se tutti appartenenti alla medesima fattispecie legale. Consiste insomma in un tipo di indagine fattuale inevitabilmente richiesto, soprattutto in presenza di un concorso di norme, dalla comprensione della singolarità dei fatti, e non certo in una fonte o in un metodo di produzione normativa. Del resto, a riprova della tesi che la ponderazione ha per oggetto non già le norme ma le circostanze dei fatti da esse previsti, gli stessi teorici della ponderazione dei principi fanno sempre riferimento, nell'analisi delle argomentazioni a sostegno delle soluzioni ponderate dei cosiddetti "casi difficili", alla concretezza appunto di tali casi e alla loro irripetibile singolarità.