

Luigi Ferrajoli

*Funzioni di governo e funzioni di garanzia.
L'esperienza europea e quella latino-americana
a confronto*

relazione tenuta al XVIII Congresso da Associação Nacional do Ministério
Público (Conamp) - Florianópolis, 26/11/2009

1. *Costituzioni di prima e di seconda generazione. A) La rigidità delle costituzioni di seconda generazione.*- Nella storia del costituzionalismo democratico possiamo distinguere più fasi, corrispondenti a diverse generazioni di costituzioni. Io penso che la costituzione brasiliana – ed altre costituzioni latino-americane, come la costituzione recentissime della Bolivia e quella dell'Ecuador – appartengano alla classe delle costituzioni di ultima generazione: le costituzioni lunghe, caratterizzate da un elevato grado di rigidità, da una moltiplicazione dei diritti fondamentali in esse stabiliti, da uno sviluppo delle funzioni e delle istituzioni di garanzia. E sono perciò convinto che esse siano di grande interesse per i giuristi europei, che dalla loro analisi hanno molto da imparare.

Prima di parlare delle innovazioni introdotte dalla Costituzione brasiliana nell'esperienza del costituzionalismo democratico, conviene dunque ripercorrere sia pure molto sommariamente le diverse fasi del costituzionalismo, segnate dalle diverse generazioni di costituzioni.

Una prima generazione è stata quella delle prime costituzioni liberali, sette- e ottocentesche, segnate da due elementi: la previsione come diritti fondamentali dei soli diritti di libertà e la mancanza, almeno nell'esperienza europea, della rigidità costituzionale e del controllo giurisdizionale di costituzionalità. Si è trattato, almeno nell'esperienza europea, di costituzioni flessibili. Nella cultura giuridica dell'800 e del primo 900 la legge, qualunque ne fosse il contenuto, era infatti considerata la fonte suprema, illimitata e non limitabile del diritto. E le carte costituzionali, qualunque non erano avvertite come vincoli rigidi al legislatore, bensì come solenni documenti politici o, al più, come semplici leggi ordinarie. Si ricordi la totale incomprensione di Jeremy Bentham, che pure fu tra i massimi pensatori liberali, per la *Déclaration* del 1789. Cosa è mai, si chiedeva Bentham in un pamphlet intitolato *Anarchical Fallacies* (43), un simile documento che inizia con la proclamazione "tutti gli uomini nascono liberi ed uguali" e prosegue con l'enunciazione di una serie di principi di giustizia e di diritti naturali, se non un trattatello filosofico esposto in articoli, frutto di una "confusione di idee così grande che non è possibile associarle alcun senso" (44)? Giacché "non esistono", affermava, "diritti naturali prima dell'istituzione dello Stato" (45), cioè "anteriori alle leggi, indipendenti dalle leggi, superiori alle leggi" (46). Bentham non si rendeva conto che proprio il diritto positivo, grazie a quella Dichiarazione, stava sotto i suoi occhi cambiando natura: che la Dichiarazione stessa era una legge positiva e che i principi di giustizia da essa proclamati non erano più, una volta in essa stipulati, principi di diritto naturale, ma principi di diritto positivo che vincolavano il sistema politico al loro rispetto e alla loro tutela.

Ma anche dopo che ne fu riconosciuto il carattere giuridico, le costituzioni e gli statuti furono a lungo ritenuti delle semplici leggi, esposte alle modifiche e perciò alle violazioni da parte del legislatore ordinario. Non esisteva infatti fino a poco più di mezzo secolo fa, nel senso comune dei giuristi europei, l'idea di una legge sulle leggi e di un diritto sul diritto. Ed era inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge, essendo questa l'unica fonte, perciò onnipotente, del diritto, tanto più se legittimata democraticamente quale espressione della maggioranza parlamentare e perciò della sovranità popolare. Sicché il legislatore era a sua volta concepito come onnipotente; e onnipotente era di conseguenza la politica, di cui la legislazione è il prodotto e insieme lo strumento. Con il risultato, si è visto, di una concezione tutta formale e procedurale della democrazia, identificata soltanto con il potere del popolo o meglio con la volontà della maggioranza dei suoi rappresentanti.

Solo nel secondo dopoguerra, all'indomani della sconfitta del nazifascismo, si è riconosciuto e sanzionato, con l'istituzione della garanzia giurisdizionale dell'annullamento delle leggi incostituzionali ad opera di apposite Corti, la *rigidità delle costituzioni* quali norme sopraordinate alla legislazione ordinaria. E non è un caso che questa garanzia sia stata introdotta in Italia e in Germania, e poi in Spagna e in Portogallo, dove si riscoprì, dopo l'esperienza delle dittature fasciste e del consenso di massa di cui avevano goduto, il ruolo della costituzione quale limite e vincolo ai poteri di maggioranza secondo la nozione stipulatane due secoli prima nel celebre articolo 16 della Dichiarazione del 1789: non c'è costituzione ove "non sia assicurata la garanzia dei diritti fondamentali né stabilita la separazione dei poteri"; che sono esattamente i due principi e valori che erano stati negati dal fascismo e che del fascismo sono la negazione¹.

¹ Esiste insomma un'interazione tra mutamenti istituzionali e mutamenti culturali. Le filosofie giuridiche e politiche sono sempre un riflesso e insieme un fattore costitutivo e, per così dire, performativo delle concrete esperienze giuridiche dei loro tempi. Il gius-naturalismo, pur con tutte le sue varianti, è stata la filosofia giuridica dominante dell'epoca premoderna, finché è mancato un sistema formalizzato di fonti fondato sul monopolio statale della produzione giuridica. Il gius-positivismo lo è stato dopo le codificazioni e la nascita dello Stato moderno. Il gius-costituzionalismo lo è oggi, o comunque lo sta diventando, dopo l'introduzione delle garanzie giurisdizionali a sostegno della della rigidità delle costituzioni.

A ognuno di questi trapassi ha corrisposto un mutamento dei titoli di legittimazione del diritto e dei suoi criteri di validità: dal fondamento immediatamente sostanzialistico del diritto giurisprudenziale premoderno, allorché la validità di una tesi giuridica dipendeva dalla (soggettiva) valutazione dell'(oggettiva) giustizia dei suoi contenuti, a quello puramente formalistico dello stato legislativo di diritto, allorché la validità di una norma dipendeva soltanto dalla forma legale della sua produzione, fino a quello sia formalistico che sostanzialistico dello stato costituzionale di diritto, allorché la validità delle leggi è stata ancorata, oltre che alla conformità delle loro fonti e delle loro forme alle norme sulla loro produzione, anche alla coerenza dei loro contenuti con i principi stabiliti da costituzioni ad esse rigidamente sopraordinate.

2. B) *La costituzionalizzazione dei diritti sociali.*- C'è poi una seconda novità che caratterizza le costituzioni di seconda generazione: la previsione come diritti fondamentali dei diritti sociali, come il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla sussistenza e alla sopravvivenza, i quali, diversamente dai diritti di libertà che sono diritti alla non lesione cui corrispondono limiti o divieti a carico della sfera pubblica, sono diritti a prestazioni altrui cui corrispondono, in capo alla sfera pubblica, obblighi di fare. La stipulazione di questi diritti sociali è entrata a far parte, nelle odierne democrazie avanzate, di quei patti di convivenza che sono

Al tempo stesso si è accentuato, nel passaggio dall'uno all'altro di questi modelli, il carattere artificiale e convenzionale dell'esperienza giuridica. Contro il sostanzialismo che fu proprio del diritto giurisprudenziale premoderno, infatti, il primo contenuto del patto sociale fondativo dell'ordine giuridico positivo è che una legge stipuli formalmente, contro l'arbitrio giudiziario, ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, sicché il giudice sia vincolato ad applicarla accertando i presupposti da essa stipulati. Ma il secondo contenuto, prodotto dalla seconda rivoluzione istituzionale, è che la stessa legge sia vincolata a principi sostanziali di giustizia a loro volta stipulati in una legge ad essa superiore: che le sia precluso od imposto, a garanzia dei diritti fondamentali in questa stipulati, ciò che è giusto prevedere come giusto o non prevedere come ingiusto. La dimensione sostanziale e nomostatica della validità propria del diritto giurisprudenziale premoderno, che era stata estromessa dal primo giuspositivismo, torna così nel giuspositivismo allargato dello stato costituzionale di diritto a condizionare nuovamente il sistema giuridico: sotto forma, però, non più di arbitrario senso del giusto, bensì di limiti e vincoli imposti al legislatore tramite la loro pattuizione e positivizzazione come norme costituzionali.

Le premesse istituzionali e perfino teoriche del costituzionalismo rigido erano in gran parte presenti ben prima che nelle odierne costituzioni europee la rigidità fosse consacrata e garantita tramite l'introduzione del controllo di costituzionalità sulle leggi. C'era l'esempio della Costituzione degli Stati Uniti, che fu dall'inizio - fin dal celebre giudizio *Marbury vs. Madison* del 1803 su di una legge con essa in contrasto - concepita come una costituzione rigida garantita dal controllo giurisdizionale della Corte Suprema (36). Ma questa garanzia, alla cui affermazione contribuì non poco il fatto che la costituzione americana era il frutto di un trattato federale non derogabile dal Congresso né dai singoli Stati, si manifesta nella disapplicazione caso per caso, e non nell'annullamento delle leggi ritenute incostituzionali (37). C'erano inoltre, nella maggior parte dei paesi europei, costituzioni formalmente rigide, dato che prevedevano procedure aggravate per le loro modifiche (38). Ma nessuna di esse, con l'eccezione della costituzione austriaca del 1920 (39), prevedeva una speciale giurisdizione sulla costituzionalità delle leggi. Perfino sul piano teorico le premesse del costituzionalismo rigido erano presenti nel pensiero del massimo teorico del positivismo giuridico, Hans Kelsen, il quale ha teorizzato non solo la struttura a gradi dell'ordinamento, ma anche la garanzia del controllo di costituzionalità sulle leggi, di cui promosse l'introduzione nella Costituzione austriaca del 1920 (41). Ma è un fatto che fu proprio Kelsen il più autorevole assertore della tesi paleo-giuspositivistica - insostenibile in ordinamenti dotati di costituzione rigida - dell'equivalenza tra validità ed esistenza delle norme, in forza della quale non esisterebbero norme invalide per contrasto con la costituzione (42).

le costituzioni, perché nelle società odierne, caratterizzate da un alto grado di interdipendenza e di sviluppo tecnologico, anche sopravvivere, non meno che vivere, richiede garanzie giuridiche, e precisamente garanzie primarie positive.

Anche la sopravvivenza, non meno della difesa della vita da indebite aggressioni, è sempre meno un fenomeno soltanto naturale e sempre più un fenomeno artificiale e sociale. Anche le sue garanzie devono perciò rientrare nella ragione sociale della democrazia costituzionale. Oggi infatti, a causa dei mutamenti intervenuti nella società, è divenuto impossibile ciò che in passato era possibile ed è divenuto possibile ciò che in passato era impossibile. Da un lato è venuto meno il rapporto diretto dell'uomo con la natura, e con esso il nesso tra sopravvivenza, lavoro e proprietà, in forza del quale, come scriveva John Locke, era sempre possibile a qualunque individuo ciò che oggi, come dimostrano le migrazioni di massa e la crescente disoccupazione, è divenuto per molti impossibile: sopravvivere in forza della semplice volontà di lavorare e di coltivare nuove terre, "perché vi è terra sufficiente nel mondo da bastare al doppio di abitanti"² se non altro, grazie allo *jus migrandi*, "in qualche parte interna e deserta dell'America"³. Dall'altro lato i progressi tecnologici hanno reso possibile la cura delle malattie e la soddisfazione dei minimi vitali e dell'alimentazione di base. E' in questa duplice artificialità sociale della sopravvivenza che risiede il fondamento dei diritti sociali, la cui violazione è perciò imputabile a responsabilità umane non meno di quella dei diritti individuali: se lo scopo del diritto e la ragione sociale delle istituzioni politiche è la tutela della vita, allora è la soddisfazione dei minimi vitali, e non soltanto la garanzia del divieto di uccidere, che deve entrare a far parte delle clausole del patto di convivenza quale corollario del diritto alla vita.

Certamente i diritti sociali alla salute, all'istruzione, alla sussistenza costano⁴, così come costano, del resto, i diritti di libertà. E costa perciò la democrazia costituzionale. Ma le istituzioni politiche non sono società a fini di lucro. Soprattutto, poi, questa tesi del costo dei diritti e l'idea di un conflitto tra garanzia dei diritti sociali e sviluppo economico è un luogo comune che deve essere sfatato e rovesciato. Se è vero che la soddisfazione di tali diritti costa, è anche vero che costa ancor più la loro mancata soddisfazione. Come ha mostrato Amartya Sen, senza le libertà fondamentali e senza diritti politici non è possibile non solo la partecipazione popolare e il controllo sul corretto esercizio dei pubblici poteri, ma neppure la garanzia dell'iniziativa economica, la sicurezza dei mercati e degli investimenti e lo sviluppo intellettuale, culturale e tecnologico⁵.

² J.Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, cit., cap.V, cap.V, § 36, p.267.

³ Ivi, p.266.

⁴ S.Holmes e C.R.Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty depends on Taxes* (1999), *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna 2000.

⁵ A.Sen, *Resources, Values and Development* (1984), tr.it., *Risorse, valori, sviluppo*, Bollati

Orbene, questa tesi di Sen deve essere allargata. Oltre che per le libertà fondamentali, essa vale anche, e direi soprattutto, per i diritti sociali – alla salute, all'istruzione, alla sussistenza – forse ancor più essenziali allo sviluppo della sicurezza e dell'economia. La garanzia di tutti questi diritti – l'accesso all'acqua e ai cosiddetti "farmaci essenziali" o "salva-vita", non meno che all'istruzione di base – è il presupposto non solo della sopravvivenza individuale, ma anche dello sviluppo economico dell'intera società. La malnutrizione e la denutrizione, infatti, non solo portano alla malattia e alla morte, ma pregiudicano ogni possibile sviluppo: lo sviluppo della persona, di cui minano le capacità cognitive e produttive compromettendone le attitudini sia manuali che intellettuali; lo sviluppo dell'economia, dato che soffocano, con la produttività dei singoli, la crescita della ricchezza complessiva. La fame innesca insomma un terribile circolo vizioso: provoca malattie che dirottano sui farmaci i già poveri redditi delle famiglie; riduce le capacità produttive della popolazione; genera rivolte, conflitti sociali e disordini civili; è il principale fattore della criminalità di sussistenza. Oggi, come ci dice l'ultimo rapporto della Fao, più di un miliardo di persone soffre la fame e la sete e decine di milioni muoiono ogni anno per malattie o per mancanza dell'acqua e dell'alimentazione di base. Questa non è solo una catastrofe moralmente intollerabile. E' anche la principale ragione del mancato sviluppo economico di gran parte del pianeta.

I diritti fondamentali sanciti come vitali, sia i diritti di libertà che i diritti sociali, sono insomma un fattore e un motore dello sviluppo, non solo civile ma anche economico. La loro garanzia non è solo un fine in sé, ma è anche un mezzo dello sviluppo economico. Del resto, la prova storica di questo nesso tra diritti sociali e sviluppo è sotto gli occhi di tutti. E' data dalla stessa esperienza dei paesi occidentali ricchi. Sicuramente il maggior sviluppo economico, il maggior benessere, le maggiori ricchezze di questi paesi rispetto al resto del mondo, così come rispetto al loro passato – pensiamo alle condizioni di vita della maggior parte delle popolazioni dei nostri paesi, dell'Italia, della Spagna di pochi decenni fa - sono dovuti soprattutto al miglioramento delle condizioni generali di vita: alla maggiore istruzione, al miglior stato di salute, alle maggiori energie dedicate da ciascuno al lavoro e alla ricerca. Tanto che possiamo ben dire, rovesciando il pregiudizio della contrapposizione tra garanzie dei diritti e sviluppo economico, che la migliore politica economica, quella più efficace a incrementare lo sviluppo, è una politica sociale volta a garantire i diritti vitali di tutti; e che la spesa pubblica a tal fine necessaria non va concepita come un costoso passivo nei pubblici bilanci, ma come l'investimento pubblico sicuramente più produttivo. E questo vale sia a livello statale, sia, e ancor più, a livello internazionale.

Boringhieri, Torino 1982, cap.V, pp.122-141; Id., *On Ethics and Economics*, (1987), tr.it., *Etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari 2001; Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano 1999.

3. *Ripensare la sfera pubblica. Funzioni di governo e funzioni di garanzia.*- E' chiaro che la costituzionalizzazione rigida di questi diritti muta il ruolo della sfera pubblica, costringendo a ripensarne la struttura istituzionale. In questa prospettiva, a me pare, sono le costituzioni latino-americane – quelle recentissime della Bolivia (2009) e dell'Ecuador, ma soprattutto quella brasiliana del 1988, riformata nel 1994 – che hanno inaugurato una fase nuova del costituzionalismo democratico.

In che cosa è consistito il mutamento del ruolo della sfera pubblica provocato dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali? E' consistito nell'allargamento di quella che ho più volte chiamato la “*sfera dell'indecidibile*” disegnato dalle costituzioni. Questa sfera, nel vecchio stato liberale, era disegnata essenzialmente dai diritti di libertà, e conseguentemente dai limiti, cioè dai divieti imposti ai pubblici poteri. Consisteva nella “*sfera dell'indecidibile che*”, cioè nella sfera di ciò che nessuna maggioranza può validamente decidere. Ebbene, la costituzionalizzazione dei diritti sociali, cioè di diritti a prestazioni positive cui corrispondono obblighi di fare in capo alla sfera pubblica, vale ad aggiungere, alla sfera di ciò che è vietato, la sfera di ciò che alla sfera pubblica è obbligatorio; alla sfera dei limiti negativi una sfera dei vincoli positivi; alla sfera dell'indecidibile che”, la sfera dell'”*indecidibile che non*”, consistente negli obblighi di soddisfazione pubblica dei diritti sociali.

Si è venuta così formando una “*sfera dell'indecidibile che e che non*”, cioè di limiti e di vincoli di contenuto, imposti dai diritti di libertà e dai diritti sociali stabiliti costituzionalmente a quella che ho chiamato la “*sfera del decidibile*”, consistente invece nell'esercizio dei poteri politici e civili. Queste due sfere corrispondono ad altrettante dimensioni nelle quali può articolarsi la democrazia costituzionale: la dimensione *formale* e specificamente *politica*, affidata alle *funzioni* e alle *istituzioni di governo*, e la dimensione *sostanziale*, assicurata dalle *funzioni* e dalle *istituzioni di garanzia*. I poteri inerenti alle funzioni di governo entro la sfera del decidibile sono *poteri di disposizione*, cioè di produzione e di innovazione normativa; i poteri inerenti alle funzioni di garanzia della sfera dell'indecidibile sono invece, tendenzialmente, *poteri di cognizione*, cioè di accertamento dei presupposti giuridici delle decisioni che ne sono esercizio. I primi sono perciò vincolati unicamente al *rispetto* della (e perciò solo alla compatibilità con la) costituzione da parte delle decisioni con cui sono esercitati; i secondi sono invece vincolati alla ben più rigida *applicazione sostanziale* della legge, sulla base della corrispondenza dei contenuti del loro esercizio ai presupposti di fatto e di diritto da essa previsti.

La caratteristica specifica dei diritti sociali, d'altro canto, risiede nel fatto che le loro garanzie richiedono sempre leggi di attuazione. La loro stipulazione, in altre parole, è destinata a rimanere sulla carta se non viene ottemperata dall'introduzione, a loro sostegno, di adeguate garanzie e delle relative istituzioni di garanzia. Il problema delle garanzie, sotto questo aspetto, si identifica perciò con quello della costruzione, sempre incompleta e imperfetta e sempre, tuttavia, perfezionabile della democrazia costituzionale.

Se questo è vero, si impone oggi un ripensamento della sfera pubblica. Ben più della classica separazione montesquieviana tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, concepita per un assetto istituzionale assai più elementare di quelli odierni, è oggi essenziale un'altra distinzione e separazione, quella tra *funzioni e istituzioni di governo* e *funzioni e istituzioni di garanzia*, basata sulla diversità delle loro fonti di legittimazione: la *rappresentatività politica* delle prime, siano esse legislative o esecutive, e la *soggezione alla legge*, e precisamente all'universalità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, delle seconde. Da un lato, infatti, è accaduto che il potere legislativo e il potere esecutivo, venuta meno la titolarità del secondo in capo al monarca, sono oggi accomunate, in democrazia, dalla medesima fonte di legittimazione, fino a configurarsi come articolazioni delle *funzioni politiche o di governo* e ad entrare tra loro, almeno nei sistemi parlamentari, in un rapporto assai più di condivisione che di separazione. Dall'altro lato, le *funzioni di garanzia* di cui s'impone la separazione si sono oggi estese ben al di là delle classiche *funzioni giurisdizionali di garanzia secondaria*, fino ad includere tutte le funzioni generate dalla crescita dello Stato sociale: la scuola, la salute, la previdenza e simili. Tutte queste *funzioni amministrative di garanzia primaria*, non essendo classificabili entro la vecchia tripartizione settecentesca, si sono di fatto sviluppate alle dipendenze dell'esecutivo sotto l'etichetta onnicomprensiva della "Pubblica Amministrazione". Ma è chiaro che esse, si pensi all'istruzione e alla sanità pubblica, non sono legittimate, come le funzioni di governo, dal criterio della maggioranza, ma dall'applicazione imparziale della legge e dal loro ruolo di tutela, anche contro la maggioranza, dei diritti fondamentali di tutti. Per questo dovrebbe esserne assicurata l'indipendenza e la separazione dal potere esecutivo⁶.

⁶ Rinvio, su questa riformulazione della separazione dei poteri, a *Principia iuris* cit., I, *Teoria del diritto*, § 12.5-12.7, pp.865-875 e II, *Teoria della democrazia*, § 14.10, pp.200-207.

Aggiungo che questa distinzione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia è particolarmente feconda nel diritto internazionale. Il vero problema, la vera, grande lacuna a livello internazionale si identifica infatti con la mancanza delle funzioni e delle istituzioni di garanzia, ben più che delle funzioni e delle istituzioni di governo. Non avrebbe molto senso, e non sarebbe neppure pertinente alle funzioni di difesa dei diritti umani, un'ipotetica e improbabile democrazia rappresentativa planetaria basata sul principio una testa/un voto. A questo livello, ciò che si richiede, ben più che il rafforzamento delle *funzioni* e delle *istituzioni di*

4. *Le innovazioni introdotte dalla Costituzione brasiliana.*- Ebbene, io credo che quelle che ho chiamato costituzioni di terza generazione stiano realizzando, ben più delle costituzioni novecentesche europee, la struttura garantista sopra illustrata della separazione dei poteri.

Di questa nuova generazione di costituzioni latino-americane, emanate non a caso dopo la fine delle dittature, la più importante è indubbiamente la costituzione brasiliana del 5.10.1988, riformata nel 1994 e poi nuovamente emendata nel 2006. Si tratta – la costituzione brasiliana, come quella ecuadoregna e quella boliviana - di costituzioni fortemente innovative, costituzioni lunghe, da cui la cultura giuridica europea ha molto da imparare. Insisto su questo punto: fino a qualche decennio fa i paesi dell’America Latina sono stati subalterni alle cultura europea e statunitense: hanno copiato le loro costituzioni da quella degli Stati Uniti, e i codici da quelli europei⁷. Oggi questo rapporto si è capovolto.

Aggiungo che le nuove costituzioni, tutte nate dopo le dittature militari, come radicali “nunca mas” alla perdita delle libertà e della democrazia, sono il frutto non solo del rifiuto del passato, ma anche di elaborazioni di base: quelle dei vari Social Forum per quanto riguarda la costituzione brasiliana e le sue riforme, e, per quanto riguarda la Bolivia, un’ampia consultazione di base (del resto il 60% dei costituenti era formato da campesinos o persone senza istruzione).

governo, che riguardano la sfera della discrezionalità politica e sono perciò tanto più legittime quanto più esercitate dagli organismi rappresentativi degli Stati nazionali o ancor meglio delle autonomie locali, è la creazione di *funzioni* e di *istituzioni di garanzia*: non solo delle tradizionali *garanzie secondarie* o giurisdizionali, destinate a intervenire contro le violazioni dei diritti fondamentali, ma ancor prima delle *garanzie primarie* e delle relative istituzioni, deputate alla loro diretta tutela e soddisfazione: in tema di salute, di alimentazione di base, di istruzione, di pace, di sicurezza, di tutela dell’ambiente. Le tante carte dei diritti che affollano l’ordinamento internazionale mancano invece quasi totalmente – se si escludono poche istituzioni, tra le quali la Corte penale internazionale, cui peraltro non hanno aderito le maggiori potenze – di leggi di attuazione, ossia delle garanzie dei diritti in esse proclamati. E’ come se un ordinamento statale fosse composto soltanto dalla sua Costituzione e da poche istituzioni sostanzialmente prive di poteri. L’ordinamento internazionale altro non è che un ordinamento dotato di carte costituzionali e poco più. In breve, è un insieme di promesse non mantenute.

Io credo che l’adempimento di queste promesse attraverso la costruzione di una sfera pubblica mondiale sia oggi la principale sfida lanciata alla ragione giuridica e alla ragione politica dalla crisi degli Stati nazionali e dai giganteschi problemi aperti dalla globalizzazione. Tale prospettiva non è solo normativamente imposta dalla Carta dell’Onu e dalle tante convenzioni sui diritti umani. Essa è anche la sola alternativa razionale a un futuro di guerre, di violenze e di fondamentalismi.

⁷ Cfr. J.M. Castan Vazquez, Hernandez Gil, *La influencia de la literatura juridica espanola en las codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, Madrid 1984; M.Rosti, *Le influenze europee nella codificazione civile latino-americana*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a.XXV, n.2, dic.1995, pp.497-507 e la letteratura ivi richiamata

Dunque, queste costituzioni segnano l'inizio di una terza fase del costituzionalismo, dopo la prima sette- e ottocentesca delle costituzioni flessibili; e la seconda delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra (italiana e tedesca). Un loro primo tratto caratteristico è la lunghezza: la costituzione del Brasile ha 250 articoli e 94 norme transitorie, e ancor più lunghe sono la recentissima Costituzione boliviana del gennaio 2009 (411 articoli e 9 disposizioni transitorie) e la Costituzione dell'Ecuador del 2008 (composta da 444 articoli e 30 norme transitorie). Il modello, mi pare, è almeno in parte - per la lunghezza, per i nuovi diritti e per la straordinaria rigidità - la costituzione portoghese del 2 aprile 1976 (lunga 299 articoli)

Gli elementi di novità sono costituiti dalla previsione di un più complesso e articolato sistema di garanzie e di funzioni e di istituzioni di garanzia:

- 1) una più forte rigidità;
- 2) un più ampio catalogo di diritti
- 3) i vincoli di bilancio in materia di diritti sociali
- 4) il controllo di costituzionalità per omissione;
- 5) un pubblico ministero, quale organo complesso, istituito a difesa dei diritti fondamentali;
- 6) la difesa pubblica accanto alla pubblica accusa;
- 7) le istituzioni di garanzia dei diritti politici;
- 8) il mandato di ingiunzione, in forza del quale chiunque può agire in giudizio a tutela dei propri diritti costituzionalmente stabiliti, pur in mancanza di leggi di attuazione (artt. V, 59 o 60 o 69 o 70 o 71)

Io non mi soffermerò su tutte queste innovazioni. Non mi soffermerò, in particolare su due importanti istituzioni di garanzia introdotte nella costituzione brasiliana come in altre costituzioni latino-americane, e che mancano totalmente nell'esperienza europea e in particolare italiana e la cui introduzione sarebbe più che mai necessaria: in primo luogo la *difesa pubblica*, che è una garanzia necessaria del diritto di difesa in assenza della quale tale diritto è monetizzato e ridotto a e ridotto a diritto patrimoniale, e che fu teorizzata dalla tradizione illuminista; in secondo luogo le *istituzioni di garanzia dei diritti politici*, come i Tribunali e i giudici elettorali, deputati al controllo non solo delle incompatibilità ma, più in generale, della regolarità dei procedimenti elettorali. che nella nostra tradizione costituzionale non esistono dato che si suppone che la dialettica tra i partiti, la loro organizzazione interna, le competizioni elettorali, debbano rimanere affidate alle spontanee dinamiche sociali

Parlerò invece soprattutto dello straordinario sviluppo che hanno avuto le due più importanti innovazioni che ho più sopra segnalato: da un lato la rigidità costituzionale; dall'altro la previsione di nuovi diritti e, in particolare, l'enorme spazio dedicato ai diritti sociali e le originali garanzie introdotte a loro sostegno.

4.1. *Rigidità* – Il primo tratto che desidero sottolineare è l'accresciuta rigidità. L'art.60 della Costituzione brasiliana stabilisce l'intangibilità a) della forma federale dello Stato; b) del carattere segreto, universale e periodico dell'esercizio del diritto di voto; c) della separazione tra i poteri; d) dei diritti e delle garanzie individuali⁸. Il modello è la rigidità assoluta prevista dalla Costituzione portoghese per ben quattordici materie sottratte dall'art.288 alla revisione⁹. Analogamente, gli artt.441 e 442 della Costituzione ecuadoregna escludono riforme costituzionali che alterino la struttura fondamentale dello Stato o comportino restrizioni dei diritti o delle garanzie o modifiche di delle procedure di revisione della Costituzione.

Per di più nella costituzione brasiliana vengono moltiplicate le garanzie secondarie. In primo luogo al controllo diffuso, tramite disapplicazione nel singolo caso da parte della giurisdizione ordinaria, viene aggiunto il controllo accentrato ad opera di un Supremo Tribunal Federal (art.102). Questioni: i due tipi di controlli sono tra loro compatibili? In via di principio possono certamente coesistere; anche se questa coesistenza aumenta la complessità e l'incertezza del sistema normativo. In secondo luogo sono previsti nuovi accessi alla giurisdizione di costituzionalità: quello diretto dei cittadini; quello del pubblico ministero.

⁸ Precedenti: Una prima, antica formulazione della rigidità assoluta è reperibile nel titolo I della Costituzione francese del 3 settembre 1791, intitolato "Dispositions fondamentales garanties par la Consitution": "Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution". La previsione di limiti assoluti tassativi alla revisione costituzionale figura peraltro, oltre che nell'art.139 della Costituzione italiana sulla non modificabilità della forma repubblicana, nella Legge fondamentale tedesca del 1949, il cui art.79, III comma stabilisce: "Non è ammissibile una modifica della presente Legge fondamentale che tocchi l'articolazione del Bund in Länder, o la partecipazione, in via di massima, dei Länder alla legislazione o i principi enunciati negli articoli da 1 a 20".

⁹ Art.288 della Costituzione brasiliana: "Le leggi di revisione costituzionale devono rispettare: a) l'indipendenza nazionale e l'unità dello Stato; b) la forma repubblicana di governo; c) la separazione tra Stato e Chiesa; d) i diritti, le libertà e le garanzie dei cittadini; e) i diritti dei lavoratori, delle associazioni di lavoratori e delle organizzazioni sindacali; f) la coesistenza del settore pubblico, del settore privato e di quello cooperativo e sociale nella proprietà dei mezzi di produzione; g) l'esistenza di piani economici nel quadro di un'economia mista; h) il suffragio universale diretto, segreto e periodico per la designazione dei membri degli organi elettivi della sovranità, delle regioni autonome e del potere locale, così come il sistema rappresentativo proporzionale; i) il pluralismo dell'espressione e dell'organizzazione politica, ivi compreso quello dei partiti politici, e il diritto di opposizione democratica; j) la separazione e l'interdipendenza degli organi della sovranità; l) il controllo di costituzionalità per commissione o per omissione; m) l'indipendenza dei tribunali; n) le autonomie locali; o) l'autonomia politica e amministrativa degli arcipelaghi delle Azzorre e di Madera".

4.2. *Un più ampio catalogo di diritti.*- Il secondo tratto caratteristico della Costituzione brasiliana è la previsione di un più ampio catalogo dei diritti. In particolare, l'art.7 della Costituzione brasiliana formula un lunghissimo elenco numero di diritti dei lavoratori: dal divieto di licenziamento senza giusta causa al salario minimo, dalle classiche norme sul riposo settimanale, le ferie e l'orario di lavoro di sei ore al giorno (XIV). E il titolo VIII, intitolato *Da ordem social*, attribuisce analiticamente i diritti alla salute, all'istruzione, alla previdenza e all'assistenza. Ci sono poi i diritti di ultima generazione. L'art.225 parla di "diritto al medio-ambiente". Le costituzioni della Bolivia e dell'Ecuador, a loro volta, introducono, quali nuovi diritti sociali, i diritti all'acqua, all'elettricità, al gas, alle comunicazioni. Ma ciò che a me pare più innovativo sono tre tecniche di garanzia del tutto originali

4.2.1. *Vincoli di bilancio in materia di diritti sociali.*- La prima di queste garanzie è una garanzia primaria e consiste nella previsione di vincoli costituzionali di bilancio in materia di diritti sociali. Un intero titolo della Costituzione – il Titolo VI – è dedicato al bilancio preventivo e alle finanze pubbliche (artt.145-169). Tra le norme più originali sono i vincoli di bilancio che i vari stati possono imporre ai governi e ai parlamenti federati.

Questi vincoli o limiti di bilancio sono previsti: 1) dall'art. 34, VII, lett.e) che a proposito dell'intervento pubblico dell'Unione dispone "l'applicazione di una quota minima" del bilancio da destinare ai servizi pubblici della salute; 2) dall'art.198 § 2 e 3 in materia di salute, che rinviano alla legge la stipulazione ogni 5 anni delle percentuali del bilancio dell'Unione e degli Stati, da destinare alla salute; 3) dall'art.212 in tema di istruzione, dove si stabilisce direttamente che "l'Unione applicherà annualmente mai meno del 18% e gli Stati e il distretto federale e i Municipi mai meno del 25% del ricavato delle imposte" all'educazione. Accade così che se uno Stato o l'Unione destina meno delle percentuali stabilite ai vari diritti sociali, il pubblico ministero può diffidarli.

4.2.2. *Incostituzionalità per omissione* – La seconda garanzia è il controllo di costituzionalità per omissione previsto dall'art.103 della Costituzione brasiliana del 1988, che tuttavia si conclude con una semplice raccomandazione del Supremo Tribunal Federal: "Dichiarata l'incostituzionalità per omissione di misure idonee a rendere effettiva una norma costituzionale, ne sarà data notizia al Potere competente perché adottati i provvedimenti necessari e, ove si tratti di un organo amministrativo, perché lo faccia entro trenta giorni"¹⁰.

¹⁰ A sua volta, un dichiarazione di "incostituzionalità... per omissione" è previsto dall'art.436, comma 10 della Costituzione ecuadoregna, qualora non vengano osservati "in modo totale o parziale, i mandati disposti dalla norme costituzionali, entro il termine stabilito dalla

Anche qui il modello è la Costituzione portoghese del 2.4.1976¹¹.

Certamente, la semplice segnalazione dell'omissione è una garanzia assai debole.

Mi chiedo allora se una simile garanzia non potrebbe essere rafforzata. Si potrebbero ipotizzare svariati tipi di rafforzamento:

1) per esempio, si potrebbe prevedere di un termine entro il quale l'Amministrazione è invitata a decidere ed oltre il quale viene in evidenza la responsabilità politica o simili;

2) Oppure, si potrebbe prevedere la "condanna" dello Stato a favore del soggetto leso, che potrebbe poi invocarla per un'azione di danno, come quella emessa dalla Corte europea di Strasburgo sui diritti umani.

3) Meglio ancora si potrebbe prevedere la condanna dello Stato inadempiente a pagare periodicamente, fino all'adempimento, una data somma, per esempio giornaliera, a un dato fondo, secondo il meccanismo adottato dalla Corte di Lussemburgo.

Si tratta, tra l'altro, di indicazioni che ben potrebbe essere estesa alle giurisdizioni costituzionali nazionali. La condanna in tal caso, anche perché proveniente da un organo giurisdizionale dell'ordinamento interno, sarebbe assai più efficace della semplice raccomandazione, dato che varrebbe a generare una responsabilità non solo politica ma anche civile che difficilmente potrebbe essere ignorata dagli organi legislativi e di quelli di governo.

4.2.3. *Il pubblico ministero brasiliano.* – Vengo infine all'istituto sicuramente più

Costituzione o nel periodo ritenuto ragionevole dalla Corte". Qui addirittura si prevede che "se trascorso tale periodo l'omissione permane, la Corte, in forma provvisoria, emetterà la norma o eseguirà l'atto omissivo, in accordo con la legge". Che è una chiara violazione (sia pure "in forma provvisoria") della separazione dei poteri

¹¹ Art.283 della Costituzione portoghese: "(Incostituzionalità per omissione) 1. Su domanda del Presidente della Repubblica, o del Provedor de Justiça o dei presidenti delle assemblee legislative che denuncino la violazione dei diritti delle regioni autonome, il Tribunale Costituzionale valuta e accerta l'inosservanza della Costituzione per omissione delle misure legislative necessarie all'applicazione delle norme costituzionali. 2. Quando il Tribunale Costituzionale accerta l'esistenza di incostituzionalità per omissione, la porta a conoscenza dell'organo legislativo competente".

interessante e originale della costituzione brasiliana: il Pubblico Ministero. Si tratta di una figura dotata di una lunga e complessa serie di competenze che, al di là del nome, ha scarse somiglianze con il nostro pubblico ministero. Non è già, semplicemente, come negli ordinamenti europei, l'organo della pubblica accusa. L'art.129 della Costituzione brasiliana gli attribuisce una lunga serie di funzioni:

- oltre all'esercizio dell'azione penale;
- la promozione del rispetto dei diritti dei cittadini, attraverso una sorta di controllo dell'attività della Pubblica Amministrazione;
- la promozione dell'azione civile pubblica per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell'ecoambiente e degli altri interessi diffusi e collettivi (come i diritti dei consumatori, delle minoranze e simili);
- la promozione dell'azione di incostituzionalità;
- la difesa dei diritti e degli interessi delle popolazioni indigene;
- la notificazione dei procedimenti amministrativi di sua competenza (?);
- il controllo esterno sull'attività della polizia giudiziaria, ecc.

Alla complessità delle funzioni corrisponde un'enorme complessità della struttura organizzativa: innanzitutto la sua indipendenza; in secondo luogo la sua articolazione in un p.m federale (con più di 800 magistrati) e p.m degli Stati; in terzo luogo e soprattutto l'istituzione di un apparato gigantesco, articolato in più di 30 branche, dotato di migliaia di collaboratori e consulenti tecnici: antropologi, psichiatri, sociologi, scienziati nelle diverse discipline: dall'ambiente naturale al patrimonio pubblico, dai diritti degli indigeni a tutti i vari interessi diffusi: il pm federale per esempio ha 26 esperti antropologi e 30 esperti in ambiente. Ha perfino una sua Scuola superiore, una specifica Facoltà. A Porto Alegre io ho tenuto una conferenza alla Facoltà del Pubblico Ministero, di cui il collega Calid è preside.

Si tratta insomma di un'istituzione di garanzia: un'istituzione di garanzia, precisamente, dei diritti sociali e dello stato sociale di diritto. In un duplice senso: quale istituzione di garanzia dell'accesso alla giustizia; quale istituzione di garanzia dei diritti e degli interessi collettivo o meta-individuali. Ovviamente il principale problema – la domanda che si pone un osservatore esterno – riguarda il grado di effettività di una simile garanzia, cioè il suo concreto funzionamento. Come funziona in pratica? Chi - individui, movimenti, comunità o anche organi pubblici – è legittimato ad attivarlo? come funziona e come si conclude l'inchiesta civile, e come si sviluppa il rapporto tra indagine e ruolo degli esperti? E come è nato questo organo di tutela dei soggetti più deboli e degli interessi diffusi?

Sul piano teorico, esso mi pare che consista in un'istituzione di garanzia secondaria, che interviene in caso di violazione delle garanzie primarie: per esempio, come si è accennato, se uno Stato o l'Unione destina meno delle percentuali stabilite ai vari diritti sociali, il pubblico ministero può diffidarli

5. *La costruzione della democrazia.*- Ma allora, la domanda che mi pongo e la questione che pongo alla discussione è la seguente. Il grado di effettività di una simile istituzione di garanzia secondaria dipende, inevitabilmente, dallo sviluppo e dall'effettivo funzionamento di adeguate funzioni e istituzioni di garanzia primaria: in materia di salute, di istruzione, di assistenza e di previdenza. Le istituzioni di garanzia secondaria, infatti, intervengono in caso di ineffettività, cioè di violazione, delle funzioni e delle istituzioni di garanzia primaria. Ebbene, qual è, in Brasile, il grado di effettività delle funzioni e delle istituzioni di garanzia primaria? Della sanità pubblica, della scuola pubblica, delle varie funzioni di assistenza e previdenza? Io ho l'impressione che su questo terreno lo sviluppo di un effettivo garantismo sociale è ancora assai lontano dall'attuazione delle promesse costituzionali. Sono ancora enormi, in Brasile, le disuguaglianze materiali ed economiche, le condizioni di miseria, di fame e di malattia nelle quali vive tuttora una parte rilevante della popolazione.

E tuttavia la costituzione brasiliana ha indicato molteplici e originali strategie di garanzia. Si tratta di attuarle ed anche di integrarle con tecniche più idonee. Ciò che è certo è che la costruzione della democrazia è un processo lungo e complesso, non solo giuridico ma anche, e ancor prima, politico e culturale. In questo processo la cultura giuridica ha un ruolo essenziale: di analisi critica delle antinomie e delle lacune esistenti nel diritto vigente rispetto al programma costituzionale; di progettazione ed anche di invenzione delle tecniche e delle istituzioni di garanzia.

La costruzione della democrazia, ho già detto, è in gran parte la costruzione, sempre incompiuta ma sempre perfezionabile delle sue garanzie. E questa costruzione si giova, come suo strumento essenziale, del diritto. Giacché il diritto è un mondo di segni e di significati. È il linguaggio necessario a tematizzare i problemi politici e sociali: a nominarli, a chiarirne e precisarne i termini, ad articolarne i molteplici aspetti, a prospettarne le concrete, possibili soluzioni. Ed è come lo pensiamo, lo teorizziamo, lo progettiamo, lo produciamo, lo interpretiamo, lo difendiamo e lo trasformiamo, sicché tutti ne portiamo, per come è, una parte della responsabilità. L'orizzonte del giurista non è quello del semplice spettatore. Facciamo parte dell'universo che descriviamo e contribuiamo a produrlo con le nostre stesse teorie. Per questo il futuro del diritto, e perciò della democrazia, dipende anche da noi.

Per questo voglio concludere richiamando uno dei passi di Norberto Bobbio a

mio parere più belli. Certo, scrive Bobbio richiamandosi a Kant¹², il progresso "non è necessario", ma "soltanto possibile". Ma esso dipende anche dalla nostra fiducia in questa "possibilità" e dal nostro rifiuto di dare per scontate "l'immobilità e la monotona ripetitività della storia". "Rispetto alle grandi aspirazioni dell'uomo" espresse in tante carte dei diritti, egli avverte, "siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con la nostra indolenza, col nostro scetticismo. Non abbiamo tempo da perdere. La storia, come sempre, mantiene la sua ambiguità procedendo verso due direzioni opposte: verso la pace o verso la guerra, verso la libertà o verso l'oppressione. La via della pace e della libertà passa certamente attraverso il riconoscimento e la protezione dei diritti dell'uomo... Non mi nascondo che la via è difficile. Ma non ci sono alternative"¹³.

¹² Il riferimento è a I.Kant, *Sopra il detto comune: 'Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica*, III (1793), in *Scritti politici* cit, pp.276-277: senza "questa speranza di tempi migliori", scrive Kant, un serio desiderio di fare qualcosa di utile per il bene generale non avrebbe mai eccitato il cuore umano... Nel triste spettacolo, non tanto dei mali che per cause naturali affliggono l'umanità, quanto piuttosto di quelli che gli uomini tra loro si arrecano, l'animo si rasserena al pensiero di un avvenire migliore, ed è questo un sentimento disinteressato, perché noi da lungo tempo saremo nella tomba e non raccoglieremo i frutti che abbiamo in parte seminato. Dimostrazioni empiriche contro la possibilità della realizzazione di questi disegni fondati sulla speranza non provano nulla. Infatti, il dire che una cosa non è finora avvenuta e quindi non avverrà mai, come non giustifica l'abbandono di un progetto pragmatico o tecnico (come ad esempio quello dei viaggi aerei per mezzo di palloni aerostatici), molto meno giustifica l'abbandono di un fine morale, il quale diventa dovere, se non si dimostra l'impossibilità di raggiungerlo. D'altra parte si danno ragioni per affermare che la specie umana, nel suo insieme, ha realmente progredito nei tempi nostri, nel senso morale, in confronto alle epoche anteriori".

¹³ N.Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1989), ora in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp.439-440.