

ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITA' DI BOLOGNA

SCUOLA DI LETTERE E BENI CULTURALI

Corso di laurea in

Filosofia

TITOLO DELLA TESI

La democrazia attraverso i diritti nel pensiero di Luigi Ferrajoli

Tesi di laurea in

Filosofia della politica

Relatore Prof: Giovanni Giorgini

Correlatore Prof. Riccardo Caporali

Presentata da: Claudio Pettinotti

Sessione
terza

Anno accademico
2014-2015

INDICE

Introduzione

1. La democrazia nel panorama del costituzionalismo

1.1 Un'introduzione a democrazia e libertà nel pensiero di Luciano Canfora

1.2 Il percorso intellettuale e le opere principali di Ferrajoli

1.3 Ferrajoli e i costituzionalisti

2. L'analisi di Ferrajoli. Il modello teorico: la democrazia attraverso i diritti e il
“costituzionalismo garantista”

2.1 La democrazia costituzionale

2.2 Il costituzionalismo garantista

2.3 Libertà e proprietà

3. Il progetto politico di Ferrajoli

3.1 Crisi della dimensione costituzionale della democrazia

3.2 Crisi dei partiti e della rappresentanza: verticalizzazione e
personalizzazione

3.3 Il futuro del costituzionalismo

Conclusione

Introduzione

Questo lavoro nasce dall'ansia di vivere in tempi in cui, in modo sempre più evidente, è in atto la distruzione della sovranità degli Stati nazionali, nei quali si era potuta realizzare, storicamente, la tutela dei diritti fondamentali e della giustizia nella società, prefigurati nel fenomeno democratico.

L'intento è di chiarire come il processo decostituente in atto in Italia e in tutta Europa, sia all'interno di un piano più ampio di restrizione sempre crescente degli spazi democratici e, quindi, dei diritti sociali conquistati nel novecento. L'attacco alla democrazia, operato dalle élites finanziarie e dai mercati, appoggia la sua forza nella degenerazione dei valori liberali che si configura nella nascita e rapida espansione dell'ideologia liberista o neoliberale.

Dopo questa breve introduzione, in cui cercherò di analizzare per sommi capi l'avvento dello Stato democratico costituzionale e dell'ideologia liberista, il lavoro si concentrerà sul pensiero di un giurista e filosofo del diritto contemporaneo, Luigi Ferrajoli, forse il più originale nell'attuale panorama nazionale e, oserei, internazionale, cercando di cogliere la sua analisi critica e le sue proposte.

1. Nascita dello stato moderno: costituzioni, nascita delle democrazie in Europa

Lo Stato moderno nasce dalla crisi degli ordinamenti medioevali, e si caratterizza per un tendenziale accentramento del potere e la sua gestione monopolistica, per la divisione fra titolarità del potere spettante al sovrano e l'effettivo esercizio affidato all'amministrazione pubblica, per la tendenza ad unificare il territorio e delimitarne i confini, per l'unificazione legislativa, giudiziaria e fiscale del paese.

Per orientarci sulla definizione e sulla nascita dello Stato ascoltiamo cosa ci dice Nicola Matteucci: «Con stato generalmente si intende – sulla scia di Max Weber

– una forma storicamente determinata di organizzazione del potere o delle strutture dell'autorità, contrassegnata dal fatto che una sola istanza, quella statale appunto, detiene il monopolio legittimo della costrizione fisica. In altre parole lo Stato “moderno” si caratterizza per il monopolio del politico, per cui si può anche parlare di un'identità tra lo Stato e il politico. Questo monopolio viene esercitato attraverso procedure e mezzi razionali: da un lato il diritto, che stabilisce norme astratte, generali e impersonali, per evitare ogni forma di arbitrio e, dall'altro, un'amministrazione burocratica, basata sulla gerarchia e sulla professionalità: tutto questo garantisce la legalità, cioè l'obiettività e la prevedibilità del processo politico-amministrativo. Questa forma di dominio si contraddistingue pertanto per la sua razionalità, una razionalità che, riferendosi esclusivamente ai mezzi e non ai fini, è una razionalità meramente formale. Lo Stato, così, è una particolare forma di organizzazione coattiva, che tiene unito un gruppo sociale su un determinato territorio, differenziandolo da altri gruppi, a esso estranei; esso generalmente viene caratterizzato da tre elementi: il potere sovrano, che dà sostanza all'autorità; il popolo che nei diversi tempi storici ha ruoli diversi; e in fine il territorio o meglio l'unità territoriale su cui esercita il proprio dominio (lo Stato ha un centro - la capitale – e ben precisi e delimitati confini), donde la territorialità dell'obbligazione politica»¹.

Importante ai fini del nostro lavoro è il confronto con la repubblica romana e il sistema pre-moderno, dai quali lo stato si differenzia ma anche mantiene alcune caratteristiche: «Lo stato si differenzia dalla *Res publica romana*, il cui governo era costituito da una molteplicità di magistrature collegali con compiti specifici, limitate nel tempo, gratuite e responsabili, con garanzie per il cittadino offerte dalla *provocatio ad populum*. L'ordinamento repubblicano s'incardinava nel *Populus*, che si esprimeva attraverso assemblee popolari o comizi (l'elemento democratico), per l'elezione dei magistrati e la votazione delle leggi, e nel *Senatus* (il principio aristocratico), i cui componenti erano nominati dai censori soprattutto fra coloro che avevano ricoperto magistrature, e che rappresentava la continuità della comunità

1 N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 15

politica, soprattutto per la sua competenza nella politica estera. Ciò non toglie che il diritto romano non abbia avuto un'enorme importanza nell'evoluzione dello Stato, dato che la Chiesa prima e poi le università ne avevano conservato la memoria. Il diritto romano non fornì solo armi all'assolutismo, col principio *quod principi placet legis habet vigorem*, ma anche alla riscoperta e alla difesa del diritto di proprietà, giusta la massima di Seneca: “*Ad reges potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas*”. Non solo: tutto il processo di razionalizzazione giuridica nel diritto privato, operata dallo Stato continentale, ha come suo punto di riferimento il diritto romano, inteso come *ratio scripta*.

Lo stato moderno si differenzia pure dal sistema feudale, storicamente antecedente, nel quale abbiamo, da un lato, un complicato intreccio dei diritti di sovranità dei diversi signori nei vari paesi, per cui manca l'unità territoriale dello Stato, e dall'altro, un potere parcellizzato e diffuso nella società, o meglio, molti centri di potere ordinati gerarchicamente, ciascuno sovrano nell'ambito assegnatogli dal diritto; questi rapporti di poteri erano personali e privati, basati su un rapporto sinallagmatico o contrattuale. Tutto questo consentiva la guerra privata o la faida, dove prevalevano i legami gentilizi o tribali, e la ribellione o la rivolta al superiore, quando si riteneva che avesse violato un diritto. Lo Stato, invece, con il monopolio dell'uso legittimo della forza, tende a instaurare la pace al suo interno o nel proprio spazio territoriale, e a un rapporto impersonale e pubblico con il governato. Ciò non toglie che non si possa cogliere una continuità fra le assemblee rappresentative di stato o di ceto e le moderne rappresentanze politiche, come non toglie che l'eredità medievale del primato del diritto sul potere non pesi fortemente sulla formazione dello Stato moderno»².

La supremazia della legge, eredità del medioevo, era ancora assai forte e la costruzione dello Stato aveva come pietra angolare il diritto ed è il diritto naturale che è posto come fondamento del diritto positivo. Continua Matteucci: «Il contrattualismo, dal canto suo, serve a dare un fondamento razionale al potere, a

2 Ivi, pp. 16-17

trovargli una nuova legittimità, oltre a quella tradizionale e sacrale del passato: questa razionalità può limitarsi alla garanzia della pace sociale (Hobbes), può esprimersi nel consenso alle leggi tramite una rappresentanza (Locke), ma è sempre la ragione a fondare l'obbligazione politica. Questo processo di razionalizzazione ha un suo sbocco politico alla fine del Settecento e agli inizi dell'Ottocento: la codificazione tanto del diritto privato quanto del diritto pubblico, con cui inizia l'eclissi sia del giusnaturalismo che del contrattualismo»³.

Per quel che riguarda il diritto privato: «In precedenza esisteva una situazione di particolarismo giuridico, nel quale coesistevano il diritto comune e il diritto consuetudinario, il diritto romano e il diritto germanico: era un complesso di norme senza unità e senza coerenza, e quindi un diritto incerto e insicuro. Codificazione voleva dire una razionalizzazione del diritto intesa a ottenere un sistema di norme tra loro coerenti, ancorate a principi generali e basate su concetti razionali, che si riferivano all'azione dell'uomo con comandi e con divieti, dai quali far discendere determinate conseguenze giuridiche. Ne consegue che, in questo sistema di norme chiuso e senza lacune, obiettivo e razionale, lo scienziato, il giudice, l'amministratore potevano operare solo attraverso la logica; la loro era quindi, un'attività tecnica e non politica, cioè neutrale, perché solo conoscitiva. Tutto è finalizzato sempre all'individuo, che aspira alla certezza e alla stabilità dell'ordinamento giuridico, basato su norme astratte, generali e impersonali, come anche alla neutralità nella sua applicazione»⁴.

Alla fine del Settecento, con la Rivoluzione americana e poi con la Rivoluzione francese, si ha la codificazione del diritto pubblico: «è la rivoluzione democratica, questa volta, a essere la protagonista, ed essa vuole rendere certe e chiare le antiche e immemorabili leggi fondamentali. Il fine del costituzionalismo è di garantire i diritti (inizialmente intesi come «naturali») dell'uomo e del cittadino, i suoi diritti politici e civili, per eliminare ogni possibilità d'arbitrio da parte del governo: lo Stato, così, è visto in funzione del cittadino. Le forme del costituzionalismo sono diverse, come

3 Ivi, p. 33

4 Ivi, pp. 33-34

diversi sono i nomi che nei diversi paesi esso assume: si parlerà di *rule of law*, di *garantisme*, di *Rechtsstaat*. Delle due forme principali, l'una si basa sulla divisione fra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, per combattere appunto quella concentrazione del potere che caratterizza l'assolutismo e per assicurare la neutralità del giudice e dell'amministrazione, che con sentenze e decreti si limitano ad applicare le leggi votate dall'assemblea rappresentativa: tutto il funzionamento dello Stato è così sottoposto a ben precise procedure politiche e giuridiche. L'altra – la più antica e insieme la più moderna – è quella di porre con la Costituzione (e con una Corte costituzionale) dei limiti allo Stato, e più precisamente alla sua onnipotenza legislativa, per realizzare «il governo delle leggi e non degli uomini»: si consegue in tal modo una limitazione piuttosto che una divisione del potere.

Nei suoi risultati ultimi questo parallelo e convergente processo di codificazione del diritto privato e del diritto pubblico porta, oltre che a rafforzare l'individualismo, cioè a vedere lo Stato in funzione dell'individuo, a fondare la legalità e la legittimità dello Stato: legale, perché le sue decisioni devono seguire determinate procedure giuridiche e ubbidire a leggi fisse e stabilite; legittimo, perché il suo potere si fonda sul consenso dei cittadini, sulla volontà del popolo. Lo Stato non è mera forza, perché è un potere legale e legittimo.

Se all'inizio del Seicento, il legista Cardin Le Bret parla solo e soltanto della sovranità del re, perché il supremo potere di decisione può essere deferito soltanto a uno solo, con l'Ottocento, attraverso la lenta costruzione giuridica dello Stato, la sovranità appartiene solo allo Stato, a questa realtà impersonale che sintetizza e supera sia il re sia il popolo, e che a entrambi assegna particolari e distinti compiti: tutti, in modo diverso, sono servitori dello Stato; ma questo nasconde, senza risolverlo il dualismo originario tra re e popolo, fra Stato-apparato e società. Lo Stato appare sempre più uno Stato di diritto, perché persegue i suoi fini nelle forme e nei limiti del diritto: esso produce e applica norme giuridiche. Lo Stato di diritto sembra avere eclissato o neutralizzato nella politica quotidiana il momento squisitamente politico del dichiarare lo stato d'eccezione, che sospende l'ordinamento giuridico,

quel momento politico che un tempo si contrassegnava col termine di prerogativa reale o, in tempi ancora più antichi, con quello di *gubernaculum* (una sfera di potere del re in cui egli era insindacabile), ma che nei tempi moderni si chiamerà anche rivoluzione.

Il potere dello Stato di diritto risulta dunque «impersonale»; sennonché questo Stato è tanto giuridico, tanto risolto nell'ordinamento, che quasi scompare e, con esso, la realtà del potere. Per tre secoli i legisti hanno costruito giuridicamente lo Stato al fine, se non di eliminare il potere, almeno di sottoporlo alla razionalità, all'impersonalità e all'oggettività della legge: la teoria sembrava così concludersi con la fine dello Stato, perché la formalizzazione giuridica aveva eliminato ogni elemento di realismo.

In realtà, alle origini, si parlava di un «potere sovrano», creatore dell'ordinamento giuridico; ma, con la progressiva razionalizzazione giuridica dello Stato, il vero potere sovrano dello Stato tende a eclissarsi e ci troviamo di fatto di fronte a tanti poteri costituiti, che agiscono solo nell'ambito dell'ordinamento, con la scomparsa dell'antica sovranità. La costruzione dello Stato di diritto sembra aver risposto al desiderio di cancellare o di esorcizzare il proprio peccato originale. Ma la sovranità come potere di fatto di decidere lo stato di eccezione, come potere ultimo di decisione, non è scomparsa e riappare in tutta la sua forza nei momenti eccezionali: essa è fuori e non dentro l'ordinamento, perché la vera sovranità è un potere costituente, un potere ultimo supremo originario, che fonda la sua legittimità solo nella sua effettività. È col Novecento, con l'apparire di forti conflitti sociali o con l'affermarsi di rivoluzioni politiche, che il potere sovrano riappare in tutta la sua forza, e le costruzioni giuridiche si dimostrano solo fragili costruzioni di pensiero»⁵.

2. Nascita e ruolo dell'ideologia liberista nel disattivare le democrazie e nella colonizzazione del pensiero dell'opinione pubblica alle università (Think tanks)

Il neo liberismo affonda le sue radici storiche nella scuola classica che vede nel 1776,

⁵ Ivi, pp.34-36

anno di pubblicazione de *La ricchezza delle nazioni* di Adam Smith con la teoria della “mano invisibile” , il suo inizio convenzionale; David Ricardo, tra i principali economisti classici, formulò la teoria del libero scambio partendo dalla condizione dell’Inghilterra della prima rivoluzione industriale: un paese dominante nel mondo, all’avanguardia tecnologicamente e con un vasto impero coloniale da sfruttare. La visione economica dominante era imperniata su alcuni punti fondamentali. Innanzitutto era necessario che il mercato raggiungesse da solo l'equilibrio, grazie all'operare delle forze economiche della domanda e offerta, e questo equilibrio è sempre di pieno impiego, appunto per l'intervento di una “mano invisibile”, in grado di indirizzare il mercato verso la piena occupazione. Poi era necessario che lo Stato non intervenisse mai nel sistema con manovre di politica economica per non costituire un ostacolo alla libera azione delle forze di mercato, il cosiddetto “laissez-faire”.

Questa visione dell'economia fu messa in discussione in seguito alla grave crisi del '29, a seguito della quale alcuni economisti, tra cui Kalecky e Keynes, si resero conto dell'impossibilità da parte del mercato di raggiungere da solo il pieno impiego.

Sulla nascita e la progressiva colonizzazione della società in tutti suoi ambiti, dell'ideologia liberista, scrive Luciano Gallino: «L'attraversamento incontrollato dei confini tra politica ed economia non sarebbe potuto avvenire senza l'apporto sostanziale di un'ideologia la quale, dopo essere giunta a pervadere l'intero sistema culturale, ha promosso e legittimato tale processo, e lo ha praticato essa stessa in forze riguardo ai suoi confini con tutti gli altri sottosistemi. Questa ideologia è il neoliberalismo. È risaputo che razionalizzare e legittimare l'agire economico non meno di quello politico è sempre stata, per definizione, la funzione di ogni ideologia. Ma forse nessuna formazione ideologica storicamente precedente rispetto all'ideologia neoliberale ha saputo attraversare con altrettanta determinazione e specificità applicativa di questa i confini che si trova ad avere in comune con la politica ed economia. Le idee motrici del neoliberalismo sono maturate tra la fine degli anni '30 e gli anni '50 del Novecento. La crisi del 1929 e la grave recessione che

ne era seguita avevano compromesso il prestigio del capitalismo. Economisti della Scuola austriaca (Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek), della Scuola di Friburgo (Wilhelm Röpke, Walter Eucken), più tardi della Scuola di Chicago (Frank Knight, Gary S. Becker, Milton Friedman, che divenne poi l'esponente più noto del movimento) intrapresero un vigoroso contrattacco per restituirlo ai suoi fulgori. La causa prima della recessione, secondo queste scuole, erano state le politiche keynesiane dei governi di Franklin D. Roosevelt. Al massiccio quanto dannoso intervento dello stato nell'economia si erano uniti, a giudizio degli studiosi citati, altri due errori, lo sviluppo dello stato sociale, e l'eccessivo potere attribuito ai sindacati. Una politica economica efficace doveva anzi tutto rimuovere questi ostacoli al libero dispiegamento delle virtù ristoratrici del mercato. Ponendosi codesti obiettivi primari, che ancora oggi formano le sue basi, il neoliberalismo ha operato sin dalle origini come una dottrina politica rivestita con i panni di una teoria economica. È stato, in altre parole, lo strumento tecnico della controffensiva politica diretta a cancellare per quanto possibile le conquiste sociali delle classi lavoratrici ottenute nel trentennio seguito alla Seconda guerra mondiale. In forza del successo di tale controffensiva, i diritti del lavoro, le condizioni in cui si svolge, i servizi pubblici, i sistemi di protezione sociale, le pensioni hanno compiuto nello spazio di una generazione un grande balzo indietro.

All'affermazione pressoché universale del neoliberalismo hanno potentemente contribuito, dal dopoguerra sino ad oggi, attrezzatissimi “serbatoi del pensiero” (think tanks) foraggiati da gruppi finanziari e corporation industriali in diversi paesi. Il Cato Institute e l'Institute of Economic Affairs in Gran Bretagna, la Mont Pelerin Society fondata in Svizzera nel 1947 le Bildeberg Conferences iniziate in Olanda nel 1952, la Trilateral Commission nata nel 1973 su iniziativa delle precedenti hanno prodotto gran copia di rapporti e memoranda, sia pubblici sia riservati, che hanno considerevolmente influito sull'insegnamento universitario sui media e sulle politiche economiche dei governi»⁶. L'opera delle think tanks e di fondazioni come la

⁶ L.Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2011, pp.24-27

Rockefeller Foundation, ebbe un grande successo, fino a creare una rete di istituti per la formazione post universitaria e per il finanziamento delle future classi dirigenti che permise di “colonizzare”, con le loro idee, la mente dei futuri uomini politici, che avrebbero governato il mondo. Lo storico dell'economia John F. Henry così dichiara: «Oltre a finanziare lo sviluppo di programmi specifici e di curricula, oltre promuovere la ricerca per il *laissez faire* in economia, le Fondazioni per il libero mercato sponsorizzarono master e borse di studio in legge, economia, scienze politiche e affari sociali. [...] Promossero cattedre universitarie, libri e progetti. Una volta formulate, le prescrizioni di politica e la loro anima da libero mercato vengono comunicate non solo ai funzionari di governo, ma anche al pubblico attraverso i grandi media e i giornalisti che quelle Fondazioni sponsorizzano»⁷. Significativo, a questo riguardo, è il Memorandum Powell. Così scrive Gallino: «Lewis F. Powell, un avvocato poi giudice della corte suprema americana, nel 1971 inviò un memorandum confidenziale al presidente del Comitato Educazione della Camera di commercio Usa per contrastare quello che definiva l'attacco al sistema della libera impresa. Oggi sarebbe deliziato nel vedere come le sue proposte siano state applicate con successo, oltre che negli Usa, in tutta la Ue.

Il Powell Memorandum, reso pubblico vari anni dopo, proponeva innanzi tutto di intervenire sulle università, in specie sulle facoltà di scienze sociali, dato che scienziati, politici, economisti, sociologi e molti storici erano orientati nell'insieme in senso liberal, “anche là dove non siano presenti dei sinistrossi” (*leftists*). Da esse si doveva pretendere un tempo uguale per i conferenzieri; i libri di testo dovevano essere assoggettati a revisione e critica da parte di eminenti studiosi che “credono nel sistema”; lo squilibrio esistente fra dimensioni e peso delle facoltà doveva essere corretto. Indicazioni analoghe forniva il memorandum per quanto riguardava la televisione, la radio, la stampa, le riviste scientifiche, la pubblicità. Il testo proponeva persino di intervenire sulle edicole, perché queste esponessero ogni sorta di libri e riviste “inneggianti a tutto, dalla rivoluzione al libero amore, mentre non si trovava

⁷ J.F.Henry, *The Ideology of the Laissez Faire Program*, Journal of Economic Issues, Vol. XLII, March, 2008

nessun libro o rivista attraente e ben scritto che stia dalla nostra parte”.

Nel volgere di alcuni decenni le dettagliate proposte del Powell Memorandum sono state messe in pratica negli Usa e in Europa, facendo registrare uno straordinario successo. I pensatoi o *think tanks* neoliberali sono passati da poche decine ad alcune centinaia⁸. Le parole, scritte nel Memorandum, descrivono con incredibile precisione l'egemonia culturale che da allora il pensiero neoliberale acquisì con forza prorompente. Gallino così descrive: «Il neoliberalismo è giunto a configurarsi nella società contemporanea come una costruzione che, nel suo ambito, la fisica ambisce da generazioni a realizzare, senza peraltro riuscirvi: niente di meno che una teoria del tutto. Essa propone di sottomettere ogni dimensione dell'esistenza alla razionalità economica, il culmine della quale è il calcolo di costi e benefici cui deve sottostare ogni azione umana. Essa propone di sottomettere ogni dimensione dell'esistenza alla razionalità economica, il culmine della quale è il calcolo di costi e benefici cui deve sottostare ogni azione umana. Caratteristica fondativa di questa teoria del tutto, il tutto umano e sociale, è che non si limita a fornire una particolare rappresentazione della realtà. Essa prospetta anche le politiche meglio idonee, a suo inconfutabile giudizio, al fine di ottenere che la realtà si conformi sempre più da presso alla teoria. Ecco come riassume questo punto cruciale una studiosa liberal americana: “Il neoliberalismo non assume semplicemente che tutti gli aspetti della vita sociale, culturale e politica possono essere ridotti a un simile calcolo; esso sviluppa piuttosto pratiche e ricompense istituzionali per dare corpo a tale visione. Detto altrimenti, tramite discorsi e politiche che promulgano i suoi criteri, il neoliberalismo produce attori razionali e impone la ratio del mercato per la presa di decisione in tutte le sfere”⁹.

È evidente come il neoliberalismo, conforme alle sue origini, sia in primo luogo una teoria politica, la quale asserisce in modo categorico che la società tende spontaneamente verso un ordine naturale. Di conseguenza occorre impedire che lo

⁸ L. Gallino, *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013, p.18

⁹ W. Brown, *Neoliberalism and the End of Liberal Democracy* (2003) ora in W. Brown, *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton University Press, Princeton 2005, p.40

stato, o il governo per esso, interferiscano con l'attuazione e il buon funzionamento di tale ordine. Si tratta di un argomento che viene da lontano, poiché fu usato almeno dal Seicento in poi per contrastare il potere monocratico del sovrano. Applicato a una società democraticamente costituita, esso si trasforma di fatto in un argomento contro la democrazia»¹⁰.

3. *Una cultura giuridica militante*

La nostra costituzione, di solido impianto Keynesiano, prevedeva il pieno impiego, testimoniato dall'art. 1: «L'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione» e dall'art. 4: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.». Il popolo è sovrano proprio in quanto immediatamente definito nella sua dimensione prioritaria, cioè identitaria, di comunità sociale impegnata nell'esplicazione di un'attività lavorativa, come fondamento della sua dignità umana e sociale. Calamandrei, nel suo celebre discorso agli studenti milanesi, così si espresse: «L'art.34 dice: "I capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi". Eh! E se non hanno i mezzi? Allora nella nostra costituzione c'è un articolo che è il più importante di tutta la costituzione, il più impegnativo per noi che siamo al declinare, ma soprattutto per voi giovani che avete l'avvenire davanti a voi. Dice così:

“E' 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 e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

E' compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona

¹⁰ Gallino, *op. cit.*, 2011, p. 27

umana: quindi dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell'art. primo- "*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*" - corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica perché una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società, di portare il loro miglior contributo, in cui tutte le forze spirituali di tutti i cittadini siano messe a contribuire a questo cammino, a questo progresso continuo di tutta la società.»¹¹.

Le costituzioni rigide del dopo guerra, nate dal mai più a quello che Dossetti definì «crogiolo ardente e universale»¹², sopraordinate alla legislazione ordinaria e assistite dal controllo giurisdizionale di legalità, hanno cambiato la natura del diritto e della democrazia. È stato un mutamento di struttura, rispetto alla democrazia politica pre-costituzionale che secondo le definizioni classiche di Kelsen e Bobbio è un insieme di regole formali del gioco che nulla dicono dei contenuti, cioè un insieme di regole che garantiscono che le decisioni siano indirettamente (o direttamente col referendum) espressione della volontà popolare.

Il costituzionalismo, dice Ferrajoli, "ha infatti innestato nella democrazia una dimensione sostanziale, corrispondente alla validità sostanziale della validità delle leggi e disegnata dai limiti e dai vincoli giuridici, di sostanza e contenuto, imposti ai poteri politici di maggioranza"¹³. Ha imposto cioè quella che definisce "la sfera del

11 Il discorso qui riprodotto fu pronunciato da Piero Calamandrei nel salone degli Affreschi della Società Umanitaria il 26 gennaio 1955 in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di sette conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti universitari e medi per illustrare in modo accessibile a tutti i principi morali e giuridici che stanno a fondamento della nostra vita associativa.

12 G. Dossetti, *I valori della costituzione*, ed. San Lorenzo, 1995, p.68

13 L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, introduzione p.I

non decidibile”, quello che nessuna maggioranza può decidere, in violazione dei diritti di libertà, e ciò che nessuna maggioranza può non decidere in violazione dei diritti sociali. Esso, da Ferrajoli chiamato “garantista”, diviene così sul piano teorico, un completamento sia del positivismo giuridico, dato che consiste nella positivizzazione delle scelte medesime cui il legislatore deve uniformarsi, sia dello stato di diritto e della democrazia, poiché ogni potere, incluso quello politico e legislativo, deve essere sottoposto a norme formali e sostanziali. Questo sia per vincolare e limitare l'esercizio del potere, sia, in via secondaria, per rimuovere violazioni a garanzia dei diritti di tutti.

Il fatto che la costituzione oggi sia bersaglio di un vero e proprio attacco da parte di quei poteri che vogliono la disattivazione della democrazia e l'eliminazione dei diritti sociali non deve lasciare stupiti.

Colin Crouch afferma: «Mentre le forme della democrazia rimangono pienamente in vigore e oggi in qualche misura sono anche rafforzate, la politica e i governi cedono progressivamente terreno cadendo in mano alle élite privilegiate, come accadeva tipicamente prima della fase democratica [...] via via che le funzioni dello stato sono appaltate ai privati, lo stato comincia a perdere la competenza di fare cose che in precedenza gli riuscivano benissimo¹⁴». Proprio la cessione di sovranità da parte degli stati, per altro auspicata e richiesta più volte dall'Unione Europea e dalla BCE, e il ritorno ad un *neofeudalesimo*, in cui vengono colpiti i valori della borghesia, con la pianificazione della distruzione del Welfare state e la creazione di una sempre più evidente disuguaglianza economica, sono il centro di questa crisi. Crisi che Ferrajoli dice manifestarsi «nello sviluppo, a livello statale ed extra – o sovra-statale, di poteri economici e finanziari privi di limiti e di controlli, nella subordinazione ad essi delle funzioni politiche di governo e nell'aggressione – ad opera di una politica tanto impotente nei confronti del capitale finanziario quanto onnipotente nei confronti dei ceti sociali più deboli – all'insieme dei diritti sociali e del lavoro¹⁵».

14 C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, p.53

15 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, introduzione p.VII

Il tempo in cui viviamo ci vede abitatori coatti di un mondo in cui, dopo il 1989, tra i proclami della fine delle ideologie, si è determinata la vittoria di un'unica ideologia, quella liberista. Lo stato, creazione della modernità come «superiorem non recognoscens»¹⁶ muore con l'economia mercatistica innalzata essa stessa a “superiorem non recognoscens”. L'ideologia capitalista, nata da un processo storico, viene naturalizzata e diventa il solo mondo possibile e le persone, alla stregua del papero di Montaigne¹⁷, «Di fatto perché un papero non potrebbe dire così: “Tutte le parti dell'universo mi riguardano; la terra mi serve a camminare, il sole a darmi luce, le stelle ad ispirarmi i loro influssi; ho il tale vantaggio dai venti, il tal'altro dalle acque; non c'è cosa che questa volta celeste guardi con altrettanto favore quanto me; non è forse l'uomo che mi nutre, mi alloggia, mi serve? È per me che egli fa seminare e macinare; se mi mangia, così fa l'uomo anche con il suo compagno, e così faccio coi vermi che uccidono e mangiano lui» devono assumere l'atteggiamento remissivo di accettazione di ciò che non può essere cambiato.

16 J.Bodin, *Sei libri dello stato*, (1586), I, trad. it., UTET, Torino, 1997, p. 345

17 Montaigne, *Essais*, in OC, trad. it. Saggi, a cura di F. Garavini, 2 voll., Milano 1982, II, p.514

I

La democrazia nel panorama del costituzionalismo

1.1 Democrazia e libertà nel pensiero di Luciano Canfora

Nell'introdurre il concetto di democrazia e di libertà ho pensato di far riferimento agli studi di Luciano Canfora, uno degli storici più importanti nell'attuale scenario nazionale ed internazionale.

Nel libro “La democrazia, storia di un'ideologia”, la sua riflessione parte dal constatare che nell'opinione comune la democrazia sia un'invenzione greca ma, come testimonia la bozza del preambolo della Costituzione europea diffusa il 28 maggio 2003, questa è una nozione approssimativa e usata ideologicamente. In esso è infatti presa in modo distorto una citazione tratta dall'epitaffio che Tucidide attribuisce a Pericle . Così scrive il nostro storico: «Nel preambolo della Costituzione europea le parole di Pericle tucidideo si presentano in questa forma: “La nostra costituzione è chiamata *democrazia* perché il potere è nelle mani non di una minoranza ma del popolo intero”. È una falsificazione di quello che Tucidide fa dire a Pericle. E non è per nulla trascurabile cercare di capire se sia fatto ricorso ad una tale “bassezza” filologica.

Dice Pericle, nel discorso assai impegnativo che Tucidide gli attribuisce: “la parola che adoperiamo per definire il nostro sistema politico [ovviamente è modernistico e sbagliato rendere la parola *politèia* con “costituzione”] è *democrazia* per il fatto che, nell'amministrazione [la parola adoperata è appunto *oikèin*], esso si qualifica non rispetto ai pochi ma rispetto la *maggioranza* [dunque non centra il “potere”, e men che meno il “popolo intero”]”. Pericle prosegue: “Però nelle controversie private attribuiamo a ciascun ugual peso e comunque nella nostra vita pubblica vige la libertà”.

Pericle fu il maggior *leader* politico dell'Atene della seconda metà del V secolo a.C. Non ha conseguito successi militari, semmai ha collezionato sconfitte in politica estera, ad esempio nella disastrosa spedizione in Egitto, dove Atene perse una flotta immensa. Però fu talmente abile a conseguire il consenso, da riuscire a guidare quasi ininterrottamente per un trentennio (462-430) la città di Atene retta a “democrazia”. *Democrazia* era il termine con cui gli avversari del governo “popolare” definivano tale governo, intendendo metterne in luce proprio il carattere violento (*kràtos* indica per l'appunto la forza nel suo violento esplicitarsi). Per gli avversari del sistema politico ruotante intorno all'assemblea popolare, *democrazia* era dunque un sistema liberticida. Ecco perché Pericle, nel discorso ufficiale e solenne che Tucidide gli attribuisce, ridimensiona la portata del termine, ne prende le distanze, ben sapendo peraltro che non è parola gradita alla parte popolare, la quale usa senz'altro *popolo* (*dèmos*) per indicare il sistema in cui si riconosce. Prende le distanze il Pericle Tucidideo, e dice: si usa *democrazia* per definire il nostro sistema politico semplicemente perché siamo soliti far capo al criterio della “maggioranza”, *nondimeno* da noi c'è libertà»¹⁸. Poco dopo, nell'epitaffio, Tucidide scrive riguardo a Pericle che sotto il suo governo ad Atene ci fu «a parole la democrazia, ma di fatto il governo del *pròtos anèr*», che Canfora traduce con “principato”, avvicinando molto le figure del tiranno Pisistrato a Pericle, come notò Hobbes «il quale esordì con una traduzione di Tucidide (1628) decisiva per la sua evoluzione intellettuale, e giunse alla conclusione che Tucidide avesse collocato sia Pisistrato sia Pericle nel novero dei “monarchi”, e che, pertanto, Tucidide stesso dovesse considerarsi come uno dei maggiori teorici e assertori della monarchia. Faceva velo a Hobbes la sua visione delle forme politico istituzionali. La sua diagnosi è inesatta ma sommamente rilevante nello scardinare il Tucidide oleografico dei mediocri interpreti che inventano un Tucidide cantore della democrazia in quanto autore dell'epitaffio pericleo»¹⁹.

Quindi Canfora mette in risalto come in Pericle la convinzione (e la prassi) era

18 L. Canfora, *La democrazia, storia di un'ideologia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp.12-13

19 *Ivi*, pp. 14-15

che la democrazia fosse limitata alla maggioranza dei potenti e dei ricchi della città, i quali avevano il lusso di potersi armare in proprio e fare le guerre. Così la democrazia di Pericle era quella dei pari dell'aristocrazia, mentre negli affari privati la libertà veniva garantita a tutti i cittadini. Il potere politico della città era solo dell'oligarchia. La libertà e la facoltà di governare è assicurata solo al gruppo egemone. Il resto del popolo non godeva di tale potere. Le donne ne erano escluse e i prigionieri venivano resi schiavi e la condizione dei non possidenti era molto vicina a quella dei non liberi. Scrive Canfora: «Indipendenza (sovranità piena) e democrazia vanno insieme. Ciò per varie ragioni, ma soprattutto per una essenziale, che ci porta alla radice stessa dell'antica nozione di cittadinanza e di democrazia in quanto *comunità di uomini in armi*. Il punto di partenza è infatti. Chi ha la cittadinanza? Chi sono i “tutti” la cui libertà mette in essere la democrazia? La seconda domanda è: anche quando *tutti* i liberi hanno la cittadinanza, come la esercitano i socialmente più deboli? Questo secondo e molto controverso problema ne implica altri ancora. La questione degli strumenti necessari per poter esercitare *effettivamente* la cittadinanza (pur in assenza di adeguate risorse intellettuali e materiali), la questione della validità del principio di “maggioranza”, il dilemma tante volte emergente nella concreta prassi politica se debba considerarsi prevalente la “volontà del popolo” o la “legge”, e così via.

È nel fuoco di questi problemi che nasce la nozione – e la parola – *demokratia*, a noi nota, sin dalle sue prime attestazioni, come parola dello “scontro”, come termine di parte, coniato dai ceti elevati ad indicare lo “strapotere” (*kràtos*) dei non possidenti (*dèmos*) quando vige, appunto, la “democrazia”. [...] Se consideriamo l'esempio più conosciuto, e più caratteristico, cioè Atene, constatiamo che, in epoca periclea, a possedere questo bene inestimabile (la cittadinanza) sono relativamente in pochi: i maschi adulti (in età militare), purché figli di padre e di madre ateniese, e liberi dalla nascita. È questa una limitazione molto forte, se si considera che, anche secondo i calcoli più prudenti, il rapporto liberi/schiavi era di uno a quattro. C'è poi da considerare che non sarà stato del tutto trascurabile il numero dei nati da un solo genitore “purosangue” in una città così dedita ai commerci ed ai contatti frequenti col

mondo esterno. [...] Almeno fino all'età di Solone (VI secolo a.C.), la pienezza dei diritti politici – che costituisce il contenuto stesso della cittadinanza – non era concessa ai nullatenenti. [...] La visione della cittadinanza, dominante in epoca classica, è racchiusa nell'identificazione cittadino/guerriero. È cittadino, fa parte a pieno titolo della comunità partecipando alle assemblee decisionali, chi è in grado di esercitare la principale funzione dei maschi liberi, la funzione cui tutta la *paidèia* li prepara, cioè la guerra. Al lavoro provvedono gli schiavi e, in parte, le donne. Risulta dunque evidente perché una comunità, pur “autonoma” ma immersa in un grande impero che la sovrasta e di fatto la dirige, pratici una democrazia decurtata.

Poiché per lungo tempo essere guerriero implicava la disponibilità dei mezzi per provvedere all'armatura, la nozione cittadino/guerriero si identificò con quella di *possidente*²⁰. Considerando poi le due comunità, quella di Atene e quella di Sparta, Canfora nota come Isocrate coglieva un elemento sostanziale, che cioè in entrambe la sede della sovranità è la stessa: «In entrambe le comunità, e questo è un tratto distintivo di tutto il mondo antico finché non entrerà in crisi la forma stessa della città-Stato, il corpo decisionale è il corpo combattente. Perciò la cittadinanza è un bene prezioso, che si concede con parsimonia, e che esige ed implica requisiti ben fermi ed escludenti, miranti a delimitare al massimo il numero dei beneficiari.

La divaricazione risiede semmai nel modo in cui le due comunità hanno segnato il confine tra libertà e non libertà. In Atene i liberi hanno ridotto a non-persone i non liberi, e dopo Solone – che ha recuperato alla libertà ceti immiseriti che andavano scivolando nella schiavitù per debiti – si è aperto un baratro rimasto incolmabile, tra libertà e schiavitù. [...] In Sparta la stratificazione sociale ha coinciso con la stratificazione castale ed etnica tra Dori dominanti e popolazioni sottomesse ridotte dai guerrieri-dominatori a differenti gradi e modi di dipendenza. Ma gli Spartani “purosangue”, o Spartiati, così come gli Ateniesi “purosangue”, erano “liberi e uguali”²¹.

Proprio la dicotomia libertà-schiavitù, e la loro relazione con la democrazia,

20 *Ivi*, pp. 33-34

21 *Ivi*, pp. 36-37

sarà al centro delle ulteriori riflessioni in cui Canfora mostra come democrazia e libertà si siano trovate in conflitto nel mondo greco e tanto più nel mondo attuale in cui il trionfo della libertà individuale corrisponde ad un grave deperimento dei valori democratici. Con ampi riferimenti documentali segue le varie fasi dello sviluppo storico della civiltà europea e di quella italiana in particolare, seguendo le rivoluzioni, francese, inglese, americana, avendo radicato il presupposto del valore della Rivoluzione del 1789 come evento matrice di tutta la successiva storia d'Europa verificando quello che acutamente esprime in un altro testo: «Tutte le aporie che sorgono dai fallimentari tentativi di dare una definizione peculiare della “democrazia”, capace di adattarsi a quell'inquietante fenomeno che è la “democrazia realizzata”, nascono dal fatto che non volentieri si prende atto del dato sostanziale: che cioè anche le cosiddette democrazie si fondano sul predominio di *élites*. È toccato a Raymond Aron, noto difensore del “liberalismo” contro il “marxismo” più o meno immaginario dell'*intelligenza* francese degli anni Sessanta e Settanta, di mettere il dito sul fatto capitale. In un saggio intitolato non a caso *Del carattere oligarchico dei regimi costituzionali-pluralistici*, egli osserva acutamente, e pur tuttavia in un contesto mirante a connotare i regimi “costituzionali-pluralistici” come i migliori possibili: “Non è possibile concepire un regime che, in certo senso, non sia oligarchico”. E lo spiega osservando : “ l'essenza stessa della politica è che le decisioni vengano prese non *dalla* collettività, ma *per* la collettività”»²².

Canfora analizza anche l'attuale attacco alla democrazia attuato con lo svuotamento dei sistemi costituzionali, elettorali e organizzativo-amministrativi, via via registrati nel corso dell'evoluzione storica, come nel caso della Costituzione repubblicana italiana, nata dalla resistenza antifascista, dove i sacrosanti principi della giustizia sociale sono rimasti lettera morta. Il tentativo della legge Scelba, la famosa legge truffa, del 1953 – il premio di maggioranza, l'attuale bipolarismo italiano, nato con la morte del sistema elettorale proporzionale e l'entrata in vigore del maggioritario, e i candidati scelti direttamente dai partiti sono esempi di un lento

22 L. Canfora, *Critica della retorica democratica*, Laterza, Roma-Bari, 2002

e progressivo esautoramento della democrazia, scrive: «Torna dunque, definitivamente, in auge in occidente il sistema “misto”, del quale i sistemi elettorali maggioritari sono lo strumento principe. Più che la limitazione esplicita dei diritti degli altri, che si dà in un sistema misto di tipo classico (suffragio ristretto), si preferisce la limitazione indiretta (leggi elettorali maggioritarie). Questa maggiore *souplesse* si spiega con varie ragioni: il principio democratico (“un uomo un voto”) non è più archiviabile in modo *diretto*; inoltre appare preferibile una situazione in cui anche chi viene privato del proprio peso politico venga portato a pensare – magari contro i propri interessi – che la “governabilità” è un valore per tutti (quantunque essa di fatto consiste nella più spedita gestione del potere da parte dei ceti più forti).

Peraltro una tale *souplesse*, o anche “eleganza” di comportamenti, è possibile, perché comunque, per intanto, i poteri decisivi si sono sottratti al predominio degli organi elettivi, e sono confortati dal “plebiscito dei mercati”, ben più che da quello dei voti. Il potere è altrove e la creazione di organismi sovranazionali “tecnici”, a carattere europeo (i quali fisicamente stanno “altrove”), ha contribuito molto alla dislocazione fuori del controllo dei parlamenti nazionali delle decisioni fondamentali per l'economia»²³. Ad esempio per quel che riguarda lo stato sociale (pensioni), quel che non riescono a fare i governi in materia di riduzione per un chiaro motivo elettorale, possono farlo questi poteri sovranazionali, oggi denominati “trojka”. Continua il nostro storico: «a questo punto entrano in scena i remoti, invisibili, “tecnici” delle istituzioni “europee”. Gli “economisti” in servizio presso tali istituzioni fanno sapere che il Documento di programmazione economica del governo italiano “non corrisponde ai parametri di Maastricht” proprio perché non sufficientemente drastico in materia di politica sociale (pensioni). Una volta costruita la gabbia di acciaio che sta “altrove”, la battaglia è persa, è solo questione di tempo e di gradualità: il ricatto dei parametri è perfetto, e nessuna organizzazione di lavoratori è in grado di andare a combattere *direttamente* contro gli appartati e irraggiungibili “sacerdoti” di quei parametri. In un tale quadro il giocattolo elettorale, purché

23 Ivi, pp.317-318

“depurato” e creatore automatico di parlamenti a prevalenza moderata in entrambi gli schieramenti, resta in funzione. E l'abrogazione *soft* del suffragio universale viene comunque compensata dalla graziosa concessione di continuare a farsi ciclicamente legittimare attraverso tornate elettorali.

Insomma, nell'odierno funzionamento delle “democrazie” parlamentari il sistema misto si afferma su due piani: come limitazione dell'efficacia effettiva degli organismi elettivi (che finiscono per l'assolvere ad una funzione di contorno o di ratifica rispetto a poteri di tipo oligarchico: soprattutto nel campo dell'economia e della finanza), e come ritocco tecnico (leggi elettorali maggioritarie: si teme infatti che il proporzionalismo puro inceppi il meccanismo). L'eliminazione del sistema proporzionale fu la *prima* preoccupazione di Mussolini appena nominato presidente del Consiglio²⁴. E ancora: «Lo svuotamento delle “democrazie progressive”, cioè del contenuto concreto dell'antifascismo tradotto in norme costituzionali, è avvenuto in due direzioni convergenti: sul piano istituzionale del rafforzamento dell'esecutivo e con leggi elettorali che spostano l'elettorato verso il centro e selezionano con criterio censitario il personale politico, producendo la definitiva sconfitta del suffragio universale; sul piano sostanziale con l'accentuarsi della “presa” delle oligarchie che contano sull'intera società (impoverimento dell'efficacia legislativa dei parlamenti, accresciuto potere degli organismi tecnici e finanziari, diffusione capillare della cultura della ricchezza, o meglio del mito e della idolatria della ricchezza attraverso un sistema mediatico totalmente pervasivo)²⁵.

Per concludere questa breve introduzione al rapporto che storicamente si è dipanato, fra democrazia e libertà, mi sembra importante riportare la lucida e spietata conclusione che Luciano Canfora ci lascia, immettendo anche un barlume di speranza: «Quella che invece, alla fine – o meglio allo statuto attuale delle cose – ha avuto la meglio è la “libertà”. Essa sta sconfiggendo la democrazia. La libertà beninteso non di tutti, ma quella di coloro che, nella gara, riescono più “forti” (nazioni, regioni, individui): la libertà rivendicata da Benjamin Cosntant con il

24 *Ivi*, pp. 318-319

25 *Ivi*, p. 324

significativo apologo della “ricchezza” che è “più forte dei governi”; o forse anche di quella per la quale ritengono di battersi gli adepti dell'associazione neonazista newyorkese dei «Cavalieri della libertà». Né potrebbe essere altrimenti, perché la libertà ha questo di inquietante, che o è totale — in tutti i campi, ivi compreso quello della condotta individuale — o non è; ed ogni vincolo in favore dei meno «forti» sarebbe appunto, limitazione della libertà degli altri. È dunque in questo senso rispondente al vero la diagnosi leopardiana sul nesso indissolubile, ineludibile, tra libertà e schiavitù. Leopardi crede di ricavare questa sua intuizione dagli scritti di Linguet e di Rousseau: ma è in realtà quello un esito, un apice della *sua* filosofia. Linguet e Rousseau dicono meno. È un punto d'approdo, inverato compiutamente soltanto nel nostro presente, dopo il fallimento delle linee d'azione e degli esperimenti originati da Marx. La schiavitù è, beninteso, geograficamente distribuita e sapientemente dispersa e mediaticamente occultata»²⁶. Una schiavitù – annota il Leopardi nello Zibaldone – che, lontana dall'essere stata debellata, fonda la libertà dei liberi e ne è principio.

Conclude Canfora: «Per ritornare dunque al punto da cui siamo partiti i bravi costituenti di Strasburgo, i quali si dedicano all'esercizio di scrittura di una “costituzione europea”, una sorta di mansionario per un condominio di privilegiati del mondo, mentre pensavano, tirando in ballo il Pericle dell'epitafio, di compiere non più che un esercizio retorico, hanno invece, senza volerlo, visto giusto. Quel Pericle infatti adopera con molto disagio la parola democrazia e punta tutto sul valore della libertà. Hanno fratto ricorso – senza saperlo – al testo più nobile che si potesse utilizzare per dire non già quello che doveva servire come retorica edificante, bensì quello che *effettivamente* si sarebbe dovuto dire. Che cioè ha vinto la libertà – nel mondo ricco – con tutte le terribili conseguenze che ciò comporta e comporterà per gli altri. La democrazia è rinviata ad altre epoche, e sarà pensata, daccapo, da altri uomini. Forse non più europei»²⁷.

26 *Ivi*, pp. 365-366

27 *Ivi*, pp. 366-367

1.2 Percorso intellettuale e opere principali di Luigi Ferrajoli

Luigi Ferraioli nasce a Firenze il 6 agosto 1940.

Ha conseguito la laurea in Giurisprudenza presso l'università di Roma, La Sapienza, il 16 novembre 1962 discutendo la tesi con titolo «*Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*». Tra il 1962 e il 1965 ha ottenuto tre borse di studio annuali e ha così potuto proseguire i suoi studi di diritto, di logica, di filosofia della scienza, di filosofia e di analisi del linguaggio al seguito di Norberto Bobbio, di cui è il principale allievo. Così racconta lui stesso: «La mia tesi di laurea, del 1962, si intitolava *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*. La inviai a Norberto Bobbio che ne decise la parziale pubblicazione, l'anno dopo, sulla "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto". Fu poi sotto la guida e dietro l'incoraggiamento di Bobbio che precisai l'idea di una teoria del diritto costruita con il metodo assiomatico. Ne pubblicai una prima, embrionale formulazione nel 1965, in un lungo articolo, apparso anch'esso sulla "Rivista internazionale di Filosofia del diritto" e intitolato *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*. Un successivo sviluppo del progetto, che giudico oggi del tutto rudimentale, apparve cinque anni dopo, nel mio primo libro, del 1970, *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, che l'anno prima avevo presentato agli esami della libera docenza»²⁸.

L'11 ottobre 1969, a 29 anni, ha conseguito l'abilitazione alla libera docenza in "Filosofia del diritto", presentando un originale lavoro dal titolo "*Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*", in cui, per la prima volta nella storia del pensiero giuridico, vengono impiegati il metodo assiomatico e la logica proporzionale per la costruzione di una teoria del diritto.

Entrò in magistratura dal 15 marzo 1967 ed ha esercitato, in qualità di pretore,

²⁸ *Il diritto dimostrato more geometrico. Intervista a Luigi Ferrajoli di Susanna Marietti*, in "Reset", gennaio-febbraio 2008, n.105, pp.70-72

le funzioni di giudice in materia penale, civile, di famiglia e di lavoro nella pretura mandamentale di Prato, dal 15 marzo 1968 al 31 novembre 1975. Così racconta questa esperienza: «Il lavoro di giudice, durato dal 1967 al 1975, ha avuto un grande peso nella mia formazione, anche teorica. Erano gli anni della scoperta della Costituzione, rimasta congelata per tutti gli anni Cinquanta, e del rinnovamento culturale della magistratura. L'esperienza di giudice come pretore a Prato, dove fui subito sommerso da un'enorme mole di lavoro, sia penale che civile non valse solo a riportarmi con i piedi per terra dai cieli della logica e della teoria. Fu per me l'esperienza quotidiana dell'enorme divaricazione non solo e non tanto tra teoria e prassi, quanto soprattutto tra i principi costituzionali e la legislazione ordinaria, ancora quasi interamente di origine fascista, e tra la legislazione e l'applicazione della legge. Fu allora che compresi e teorizzai le due divaricazioni deontiche tra validità e vigore (o esistenza) delle leggi, in dissenso con l'ortodossia kelseniana, e tra vigore ed effettività del diritto nelle prassi istituzionali: da un lato, dunque, la critica del "diritto illegittimo" perché in contrasto con la costituzione; dall'altro il ruolo delle garanzie come tecniche idonee a ridurre l'ineffettività delle promesse costituzionali»²⁹.

Gli anni Settanta videro la sospensione quasi totale della sua ricerca teorica per dedicarsi, oltre che al suo lavoro di magistrato e poi di professore universitario, a un'intensa attività politico-culturale, che (ovviamente) si esprime anche attraverso il canale della produzione saggistica. Negli anni immediatamente successivi alla discussione della sua tesi di laurea, Ferrajoli pubblica cinque importanti articoli collocabili all'interno del dibattito filosofico-giuridico della scuola analitica italiana. Sono: *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa* del 1963, *Saggio di una teoria formalizzata del diritto* del 1965, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa* del 1966, *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo* del 1967, *Teoria assiomatizzata degli atti e delle situazioni giuridiche* del 1967. Negli

²⁹ *Ibid.*

anni che seguono l'uscita della *Teoria assiomatizzata*, i suoi scritti mutano di taglio e di argomento: non più studi accademici, ma riflessioni critiche, operative, progettuali, orientate agli ideali politici del socialismo liberale (di un socialismo liberale, si badi bene, preso sul serio in entrambe le sue dimensioni).

Sin dalla fine degli anni Settanta ha partecipato a molte battaglie civili, scrivendo articoli su giornali e riviste, in particolare sul quotidiano "il Manifesto", tenendo conferenze e partecipando a innumerevoli dibattiti e convegni. Basta menzionare qualche titolo per dare un'idea del carattere militante di questi scritti: nel 1973 appare *Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario*; nel 1974, *Difesa della salute in fabbrica e articolo 9 dello statuto dei lavoratori*; nel 1975, *Aborto e ideologia borghese della tutela della vita*; due anni dopo, *Marxismo e questione criminale*; nel 1978 *Stato autoritario, leggi liberticide, involuzione costituzionale*; alla fine del decennio, *Parlamento illusorio e parlamento reale*. Sono molteplici, come testimonia questo scarso elenco, gli ambiti della realtà sociale su cui si appunta l'attenzione di Ferrajoli: il mondo del lavoro, la legislazione penale, l'amministrazione della giustizia, l'ordinamento costituzionale, il sistema politico etc. Nella contestazione radicale dello *status quo*, il denominatore comune dei suoi interventi è l'assunzione del punto di vista dei soggetti economicamente, socialmente e politicamente subordinati. Di volta in volta, Ferrajoli pensa e propugna il superamento dell'ordine giuridico vigente, in funzione delle rivendicazioni degli operai oppressi dall'organizzazione produttiva della fabbrica; della dignità dei detenuti disumanizzati dal sistema penitenziario; della liberazione delle donne assoggettate ai valori di un'etica maschilista; dell'emancipazione politica dei cittadini espropriati della sovranità democratica; della tutela degli imputati schiacciati dai meccanismi inquisitoriali del processo penale.

Per comprendere meglio gli orientamenti culturali e politici che animarono Ferrajoli nella sua militanza, ascoltiamo quello che dice Dario Ippolito: «Ferrajoli ha sempre rifiutato la riduzione del pensiero di Marx a un *ismo* ideologico (tralineamento di una lezione intellettuale che nella critica ha la sua cifra autentica).

Non è il marxismo come religione politica, con le sue pietrificate formule dogmatiche, con le sue verità rivelate nelle scritture e fideisticamente salmodiate dalle schiere dei proseliti, a influenzare la riflessione ferrajoliana, bensì la penetrante intelligenza delle cose che si dispiega nelle opere di Marx: del Marx della *Questione ebraica* e dell'*Ideologia tedesca*, del Marx critico dello Stato borghese e demistificatore del carattere classista dell'ordinamento giuridico, che sotto le forme dell'uguaglianza nasconde la realtà dei rapporti sociali di dominio e soggezione.

È accaduto spesso a Ferrajoli di citare una bellissima frase del suo maestro Norberto Bobbio: “Se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi, guadagnando una nuova immensa prospettiva sul mondo umano, non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni”³⁰. Come Bobbio, Ferrajoli ha scelto di orientare la propria attività intellettuale a una dimensione pubblica, tenendo insieme politica e cultura; e come Bobbio non si è mai messo al servizio di alcun padrone. Inoltre, dal confronto con l'opera di Marx – diversamente da Bobbio – ha recepito in gioventù la postura anticapitalistica e la concezione dicotomico-confluttualistica della società, traendone le conseguenze sul piano dell'agire politico.

Sotto un profilo dirimente, tuttavia, la riflessione di Ferrajoli si è mossa da subito in direzione opposta alla prospettiva marxiana: contestandone la visione del diritto e la svalutazione delle libertà individuali. Le regole giuridiche, nella società borghese, riflettono certamente gli interessi economici della classe dominante e costituiscono fattori di stabilizzazione e riproduzione delle gerarchie sociali; ciò non toglie, però, che il diritto possa convertirsi in un potente strumento di emancipazione e possa essere radicalmente trasformato in senso garantista, fino ad imporsi come “legge del più debole” nei rapporti di lavoro, nelle relazioni familiari e all'interno della sfera pubblica.

A maggior ragione, secondo Ferrajoli, è politicamente insensato e dannoso

30 N. Bobbio, *Libertà e potere* (1955), in Id., *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1995, p. 281.

squalificare come “borghesi” le libertà giuridicamente garantite: “la difesa [...] dei diritti di libertà – si legge in un importante saggio dei secondi anni ’70 – rappresenta un obiettivo irrinunciabile della lotta di classe. Questa, del resto, è sempre stata la prassi del movimento operaio. Da oltre un secolo, da quando il conflitto sociale è primariamente conflitto tra classe operaia e capitale, le libertà civili e politiche hanno cessato di essere libertà soltanto borghesi. Esse hanno assunto bensì natura e ruolo anticapitalistico, quali strumenti indispensabili di organizzazione della lotta di classe”³¹. L’irriducibilità dei diritti di libertà all’orizzonte politico-ideologico del capitalismo è rimarcata con nettezza da Ferrajoli sin dalle pagine della sua *Teoria assiomatica del diritto*, dov’egli confuta la fallace identificazione tra libertà e proprietà, accreditata dalla cultura borghese e meccanicamente recepita dalla tradizione marxista con opposto segno di valore e disastrose conseguenze pratiche»³².

Dopo il 1975 e per tutti gli anni Ottanta è stato, quindi, attivamente impegnato in difesa delle garanzie penali e processuali contro il diritto penale d’eccezione e contro le deviazioni inquisitorie che in Italia caratterizzarono la risposta emergenziale al terrorismo. Dall’analisi e dalla critica di quell’esperienza è nato il libro “*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*”, pubblicato nel 1989 e ormai giunto alla 10^a edizione. Lasciamo ancora la parola al nostro giurista che ripercorre quegli anni in questo modo: «Il Sessantotto si manifestò, all’interno della magistratura, nello sviluppo, cui partecipai, di un movimento di magistrati, Magistratura Democratica, impegnato nella critica della legislazione fascista e della giurisprudenza tradizionale, che ignorava la Costituzione repubblicana, e nella promozione di una giurisdizione che prendesse sul serio i precetti costituzionali: impegnato, in breve, nella critica e nel tendenziale superamento delle due divaricazioni di cui ho sopra parlato. Le leggi emergenziali della fine degli anni Settanta, d’altro canto, furono per me il principale terreno della critica del diritto e della progettazione giuridica. Fu da quelle cadute della legalità costituzionale che nacque la mia prima teorizzazione del garantismo nel

31L. Ferrajoli, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, in L. Ferrajoli-D. Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 62.

32 D. Ippolito, *Ferrajoli e i costituzionalisti*, in Anastasia S. (a cura di) *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pp. 158-160

libro *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, del 1989, poco dopo tradotto in spagnolo e in portoghese e ristampato in numerose edizioni»³³.

L'esperienza di Magistratura democratica, associazione di giovani magistrati impegnati nella ridefinizione di un ruolo garantista della giurisdizione ancorato ai principi della Costituzione, rimasti fino ad allora sostanzialmente ignorati dalla giurisprudenza dominante, a cui partecipò attivamente dagli anni Sessanta, è così ricordata in un'altra intervista: «Entrai in magistratura quasi per caso. Ero assistente di filosofia del diritto, a Roma, e decisi di fare il concorso. Magistratura Democratica esisteva già da tre anni, dal 1964. Il mondo giudiziario di allora era totalmente diverso da quello di oggi: ancora gerarchizzato, dominato dall'alta magistratura formata sotto il fascismo, composta in gran parte da giudici reazionari o peggio fascisti. Ricordo bene il mio primo incontro con MD. Mi aveva impressionato, durante il tirocinio alla Procura di Roma, la facilità con cui, per delle sciocchezze, venivano spiccati i mandati di cattura. Avevo quasi deciso di dimettermi. Andai dal procuratore della Repubblica per esprimergli la mia riprovazione di cittadino circa il modo in cui veniva amministrata la giustizia e lui mi disse: “Ma no, resta...” e mi mandò da Ottorino Pesce, una persona straordinaria che era allora, a Roma, l'esponente più attivo di Magistratura Democratica. Conobbi così MD e perciò non solo rimasi, ma scoprii un nuovo modo di essere magistrato: un modello alternativo che in quegli anni teorizzammo e cominciammo a praticare. Anche allora la magistratura era unanime nel rivendicare la propria indipendenza. Di fatto, tuttavia, gravitava sostanzialmente nell'orbita del potere. Il Consiglio Superiore della Magistratura era stato istituito solo nel '58, e prima di allora l'ammissione al concorso in magistratura era condizionato alla “buona condotta”, certificata dalle informazioni di polizia, positive per i “benpensanti” ma non per i candidati di cui fossero note le opinioni di sinistra. Sono convinto che il rinnovamento della magistratura avvenuto

³³ *Ibid.*

con la mia generazione si debba anche alla soppressione di queste assurde informazioni ad opera di uno dei primi provvedimenti del C.S.M. Neppure l'indipendenza interna, d'altro canto, era allora garantita: c'erano i concorsi interni, la carriera, le valutazioni delle sentenze in occasione degli avanzamenti da una funzione all'altra, il tutto affidato all'alta magistratura. Ebbene, noi rivendicammo l'uguaglianza dei giudici, che è scritta nell'art.107 della Costituzione – “I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni” – e la loro indipendenza anche interna, stabilita dall'art.101: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. Di qui la nostra battaglia per la soppressione di qualunque carriera giudiziaria perché incompatibile con la Costituzione. La scoperta e la rivendicazione da parte dei magistrati progressisti della Costituzione come principale fonte di legittimazione sia della legislazione che della giurisdizione era già avvenuta nel 1965, nell'importante congresso di Gardone dell'Associazione Nazionale Magistrati, che certamente segnò una svolta nella storia della magistratura. Si scoprì, allora, la distanza tra la Costituzione e la legislazione ordinaria che era ancora, a cominciare dai codici, in prevalenza di origine fascista. Fu questa divaricazione tra la Costituzione e il restante diritto vigente il principale tema della nostra riflessione sul ruolo del magistrato: prendere sul serio la Costituzione richiedeva che non ci limitassimo a una burocratica e acritica applicazione della legge, ma che dovessimo interpretarla alla luce dei principi costituzionali e, in caso di contrasto, eccepirne sempre l'incostituzionalità di fronte alla Corte costituzionale. Quelli, del resto, erano gli anni della stagione sessantottesca, della contestazione e anche della massima fortuna del marxismo all'interno della sinistra. Molti magistrati di MD si dicevano marxisti. Il loro, però, era un marxismo che si coniugava interamente con i principi di uguaglianza, di libertà e di emancipazione sociale sanciti nella Costituzione, alla cui luce, dicevamo, dovevamo leggere la legge alla quale eravamo soggetti solo se non in contrasto con la Costituzione. In quegli anni di grandi tensioni subimmo anche una scissione a destra,

all'indomani della strage di Piazza Fontana. Molti di noi criticammo i processi che seguirono alla strage perché orientati pregiudizialmente verso la pista rivelatasi poi sbagliata degli anarchici. E poco prima avevamo criticato un mandato di cattura emesso per un reato d'opinione. Ebbene, la critica dei processi dall'interno dell'ordine giudiziario parve rompere un tacito e singolare principio deontologico di solidarietà corporativa e fu considerata illegittima da una parte del gruppo che uscì da MD. Facemmo così un nuovo congresso, praticamente di rifondazione, all'inizio del '70. Insomma, Magistratura Democratica si caratterizzò, in quegli anni, per la contestazione della carriera, per la rivendicazione dell'uguaglianza dei magistrati, per la presa sul serio della Costituzione - dei diritti fondamentali e del principio di uguaglianza sostanziale formulato nel suo articolo 3 capoverso – e, insieme, per la rottura della tradizionale solidarietà corporativa tra giudici che si espresse nella critica dei provvedimenti giudiziari in pubbliche prese di posizione e, soprattutto, nella rivista “Quale giustizia” che fondammo nel 1970. Allora eravamo visti come una sorta di eresia. Ma con il tempo l'intera magistratura finì per essere contagiata da molte tesi di MD, prima tra tutte la rivendicazione dell'indipendenza, sia interna che esterna, che certamente faceva leva sull'amor proprio professionale e su di un'innegabile riflesso corporativo, ma che divenne comunque un'acquisizione comune dell'intero ordine giudiziario»³⁴

Ferrajoli ha partecipato, in qualità di componente del collegio giudicante, a numerose sessioni del c.d. "Tribunale permanente dei popoli (TPP)", tribunale d'opinione esplicitamente concepito e praticato come tribunale supplente di una giurisdizione internazionale mancante, fondato da Lelio Basso alla fine degli anni Settanta sul modello del c.d. "Tribunale Russel".

Dal 1970 al 1975 è stato professore incaricato di "Teoria generale del diritto" presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino e dal 1°

34 G. Calderoni, G. Saporetti, *Un diritto penale minimo. Intervista a Luigi Ferrajoli*, Una città, marzo 2014, pp.3-5

Dicembre 1975, dimessosi dalla magistratura, ha preso servizio come professore ordinario presso l'Università degli Studi di Camerino, dove ha insegnato "Filosofia del diritto" e "Teoria generale del diritto".

Nel triennio 1976-1979 è stato preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

Nel quadriennio 1976-1980 è stato prorettore dell'Università degli Studi di Camerino.

Negli anni 1980-1983, 1988-1990, 1994-1996 è stato Direttore dell'Istituto di studi storico-giuridici, filosofici e politici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.

Dal 1° novembre 2003 al 31 ottobre 2010 è stato professore ordinario di "Filosofia del diritto" e "Teoria generale del diritto" presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre e dal 28 gennaio 2014 è professore emerito di "Filosofia del diritto" presso l'Università degli Studi Roma Tre.

Nel 2007 ha dato alle stampe l'opera "*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*", lavoro monumentale di quasi 3.000 pagine e diviso in tre volumi, rispettivamente dedicati alla *Teoria del diritto*, alla *Teoria della democrazia* e alla *Sintassi del diritto*.

Nel primo volume di *Principia iuris (Teoria del diritto)* viene esposta una complessa e sofisticata teoria del diritto. Si tratta di una teoria del diritto formalizzata, perché costruita impiegando il metodo assiomatico e formale, perché si limita a definire concetti, a identificare le relazioni sintattiche tra essi intercorrenti e ad analizzare le strutture formali degli ordinamenti, senza nulla dire sui loro concreti contenuti normativi (oggetto di studio da parte delle discipline giuridiche positive), né sulla loro giustizia o ingiustizia (oggetto di studio da parte della critica politica e della filosofia della giustizia), né su come essi di fatto funzionano (oggetto di studio da parte della sociologia del diritto).

Nel secondo volume di *Principia iuris (Teoria della democrazia)* viene

disegnato un preciso modello teorico di democrazia, non limitato alla sola accezione "formale" della stessa, ma esteso alla sua dimensione "sostanziale", rappresentata dai limiti e vincoli imposti ai poteri pubblici e privati, rispettivamente, dai diritti di libertà e dai diritti sociali. Secondo tale modello teorico, infatti, la democrazia costituzionale si articola in quattro dimensioni (politica, civile, liberale, sociale), corrispondenti ad altrettante classi di diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti: i diritti politici, civili, di libertà e sociali. Di questi, mentre i diritti politici e civili rappresentano le "forme" di autonomia (politica e negoziale) in cui si concreta la democrazia e le decisioni, pubbliche e private, che in essa vengono adottate, i diritti di libertà e sociali rappresentano invece i limiti e i vincoli di "sostanza" o "contenuto" a quelle stesse decisioni di autonomia (politica e negoziale) che dei diritti politici e civili sono esercizio.

Nel terzo volume di *Principia iuris (Sintassi del diritto)*, dedicato all'assiomatizzazione della teoria del diritto, sono disegnate la sintassi logica del discorso teorico e delle complesse strutture degli ordinamenti giuridici che ne formano l'oggetto. In base al metodo assiomatico adottato, tutti i termini e tutte le tesi della teoria, fatta eccezione per un numero limitato di termini e di tesi primitive, sono gli uni definiti mediante altri termini teorici e le altre dedotte da altre tesi della teoria sulla base di regole di formazione e di trasformazione previamente stabilite. Si tratta di un complesso linguaggio simbolico, costituito da formule e calcoli, che permette la ricostruzione rigorosa dell'intero linguaggio teorico-giuridico, la massima semplificazione dei concetti assieme alla massima chiarezza e capacità esplicativa, l'interna coerenza del discorso senza le molte aporie e ambiguità del comune linguaggio giuridico e, infine, l'esposizione al controllo logico di tutte le tesi dimostrate.

Così Ferrajoli spiega come giunse all'impiego del metodo assiomatico, e in che modo riuscì a formarsi gli strumenti logici necessari per portarlo avanti: «Nei primi anni Sessanta, quando progettai questo lavoro, gli studi di logica erano, in Italia,

incomparabilmente meno diffusi di quanto non siano oggi. La cultura filosofica dominante era ancora di tipo idealistico, o comunque variamente metafisico e, nel migliore dei casi, di stampo marxista. Si contavano poco più che sulle dita di una mano gli studiosi impegnati nell'introdurre in Italia, nell'indifferenza e nella diffidenza generale, la filosofia analitica, l'empirismo logico, la filosofia della scienza e la logica matematica: Ludovico Geymonat, che fondò la collana Feltrinelli di filosofia della scienza, Francesco Barone, Ferruccio Rossi Landi, Alberto Pasquinelli e, nella teoria e nella filosofia del diritto, Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli. Almeno per quanto riguarda la logica eravamo quasi tutti, in quegli anni, poco più che degli autodidatti. E forse proprio questo spiega l'incoscienza giovanile con la quale decisi di imbarcarmi in questa impresa. I libri della mia prima formazione logica ed epistemologica furono i classici del neopositivismo e della prima filosofia analitica - Russell, Wittgenstein, Carnap, Tarski, Morris, Ayer - e i pochi manuali di logica allora disponibili: quelli di Pasquinelli, di Casari, di Quine, di Copi, di Strawson. Ma, soprattutto, furono per me decisivi la guida e il sostegno di Norberto Bobbio, che tra l'altro mi mise in contatto con molti studiosi di logica giuridica e di teoria del diritto: in particolare, con Jerzy Kalinowski, con Jerzy Wroblewski e con Amedeo Giovanni Conte. Del resto la logica che usai nei miei primi tentativi era solo quella degli enunciati e dei predicati, con la quale non sarei certo andato lontano. Solo molti anni dopo appresi ed aggiunsi al mio sistema di calcolo la logica modale, grazie al cui impiego nella formulazione delle tesi deontiche ho potuto sviluppare l'intera teoria delle norme e delle situazioni giuridiche»³⁵.

1.3 Ferrajoli e i costituzionalisti

In un suo saggio, Gaetano Azzariti, nota che benché Luigi Ferrajoli sia, insieme a Norberto Bobbio, il filosofo del diritto più citato, vi sia da parte dei costituzionalisti una sorta di diffidenza verso un pensiero rispettato ma non adeguatamente

35 S. Marietti, *Il diritto dimostrato more geometrico. Intervista a Luigi Ferrajoli*, *Reset*, gennaio-febbraio 2008, n.105, pp.70-72

considerato, rilevando due motivazioni principali.

La prima viene identificata nell'impiego del metodo assiomatico la cui valenza assorbente e in certo senso totalizzante, e non totalitaria come ha scritto Rescigno³⁶, ha intimorito costituzionalisti e giuristi: «Una prospettiva che poteva indurre a far ritenere che il potere o la stessa garanzia positiva dei diritti potessero essere determinati e poi limitati non dalla forza normativa delle costituzioni, sorretta da soggetti storici reali, così come noi costituzionalisti siamo indotti a ritenere, ma ma che bastasse condividere un postulato perché poi in base ad un'analisi logico-deduttiva, si fosse in grado di definire le regole e i principi che sorreggono la vita degli ordinamenti giuridici concreti. Quasi che il reale potesse essere costretto nell'ideale.

Questo temuto passaggio dalla costituzione intesa crisafullianamente come documento politico e normativo alla costruzione assiomatica dei principi giuridici ha ostacolato – io credo – il dialogo.

Ora a me pare di poter dire che l'impressione o il timore adesso riassunti scontino un fraintendimento, che proprio la pubblicazione della monumentale opera sui *Principia iuris* vale definitivamente a eliminare.

Infatti nei *Principia iuris* Ferrajoli esplicitamente rileva come la teoria assiomatica opera esclusivamente sul piano della teoria generale del diritto, mentre non opera – non può operare – nel campo della diversa teoria della democrazia, perché – sono parole di Ferrajoli – una teoria per essere assiomatizzabile deve essere prima di tutto “formale” e la teoria della democrazia (per non parlare della democrazia storicamente data) deve, al contrario identificare principi sostanziali e regole di giustizia che vanno ben al di là delle strutture sintattiche proprie di qualunque ordinamento giuridico [...] Scrive Ferrajoli: escluso che la teoria della democrazia possa essere intesa come una teoria “formale” essa però è una teoria

36 Ha scritto di recente G.U. Rescigno (*La democrazia costituzionale di Luigi Ferrajoli*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3 del 2008): “L'opera di Ferrajoli è così vasta, complessa, ambiziosa, e soprattutto rigorosamente concatenata [...], che genera immediate e spontanee resistenze [...]. Il carattere per dir così totalitario dell'opera non lascia scampo”.

normativa. E poi precisa “una teoria normativa, la quale fa uso dell'intero apparato concettuale elaborato dalla teoria formale del diritto, della quale rappresenta un'interpretazione semantica di tipo assiologico o normativo, pure se ancorata all'esperienza costituzionale delle odierne democrazie avanzate”. Una rivendicazione chiara di un punto di vista, di un “tipo” di pensiero giuridico fondato sulle norme: “Il fondamento della teoria giuridica della democrazia costituzionale, e più specificatamente delle sue esigenze giuridiche, - scrive ancora Ferrajoli – è pertanto (...) la teoria della validità delle norme”.

Anche qui si nasconde un equivoco, come dirò tra breve, ma prima vorrei rilevare che – a mio parere – proprio l'iscrizione di Ferrajoli alla schiera dei teorici normativisti ha fatto sì che molti costituzionalisti realisti preferissero guardare altrove.

Non tornava, infatti, che una dottrina critica, che pure si condivideva nell'analisi e negli esiti, utilizzasse uno strumentario (quello del formalismo normativista) che veniva spesso criticato, e che anzi gran parte della dottrina costituzionalistica – quella più innovativa – tendeva a superare.

Per affermare le ragioni delle incomprensioni e delle resistenze bisogna guardare ai punti di partenza e ai percorsi storici. E il punto di partenza della dottrina costituzionalistica italiana è noto.

Per anni essa si è sentita costretta dentro la cappa del dogmatismo, costruita in Italia nella forma estraniante e falsamente asettica del “metodo giuridico” orlandiano, in base cioè a canoni di natura tecnica che mascheravano entro la forma della norma la realtà dei rapporti sociali diseguali ed impediva di cogliere la reale dinamica dei rapporti giuridici di dominio, alterando la realtà dello Stato costituzionale di diritto.

La rivolta contro il formalismo fu – nello specifico della riflessione dei costituzionalisti – anche una rivolta contro il dominio della norma.

L'invito di Santi Romano di andare oltre le norme per cogliere “qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si

estrinseca”³⁷ ha ossessionato generazioni di studiosi, rendendoli a volte persino diffidenti sul valore euristico della norma e del diritto inteso come norma. L'equivalenza kelseniana tra diritto e validità, che Ferrajoli ci ripropone, è apparsa ai costituzionalisti riduttiva.

Non credo possa dirsi però che la dottrina italiana di diritto costituzionale abbia perciò perso il proprio rigore logico e di analisi giuridica, né che sia caduta nell'equivoco di separare le norme dalla propria validità, credo invece che abbia tentato di dare alle norme un *valore sociale*. In modo diverso a seconda delle “scuole” e delle diverse prospettive assunte dai singoli studiosi, ma in fondo uniti nella considerazione che bisognasse coniugare la forma del diritto e la realtà sulla quale esso opera. Alcuni – penso ad Esposito – hanno cercato di fondere il formalismo e il logicismo al realismo, giungendo a definire una teoria sulla validità della legge che non può certo dirsi puramente normativistica; altri – penso a Mortati – hanno finito per assumere un atteggiamento più legato alle prospettive decisionistiche e attento alle trasformazioni e al ruolo delle forze sociali, individuando nelle forze politiche dominanti la base sulla quale definire il valore normativo della costituzione in senso materiale; altri ancora – penso a Crisafulli – sono tornati sì prepotentemente a riflettere sul valore della norme, ma riuscendo ad aprire decisamente la norma alle relazioni e alle trasformazioni sociali entro il nuovo quadro definito dal costituzionalismo del secondo dopoguerra, rivendicando il carattere normativo estremo e più intenso ai principi costituzionali, da interpretare *magis ut valeat*.

Insomma costruzioni diverse che hanno però tutte in fondo diffidato delle teorie normativistiche e della riduzione del diritto alla sua validità.

Ora a me di questa complessa storia – per tornare a Ferrajoli – interessa sottolineare un solo aspetto. Vorrei rilevare un punto critico e di svolta che ha coinvolto la dottrina di diritto costituzionale negli ultimi decenni, che – a mio modo di vedere – impone ormai una revisione del nostro modo di pensare. Un moto di profondo ripensamento delle categorie e dei metodi d'indagine dei costituzionalisti

37 S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), III ed., Firenze Sansoni, 1977, p. 5

italiani per il quale credo che le idee di Ferrajoli, oggi più di ieri, possano tornare preziose.

Lo dico in breve: il problema oggi della dottrina costituzionalistica italiana (ma non solo) non è più il dominio mistificante della norma sulla realtà ma, in caso, il suo contrario.

Perduto il rigore espositivo, l'organicismo mortatiano, l'istituzionalismo crisafulliano la dottrina italiana (parte cospicua di essa) si è spinta troppo oltre. Essa ha finito per abbracciare un iper-realismo che ha assunto il mero fatto come unica espressione del giuridico. [...] Il dilagare delle teorie genericamente etichettate come neo-costituzionali (spesso superficialmente o solo meccanicamente trasposte dalla diversa e più motivata scienza giuridica d'oltreoceano) hanno finito per far perdere di senso alle categorie che la dottrina costituzionalistica italiana aveva faticosamente elaborato nel corso del tempo e infine coraggiosamente applicato per far assumere alla costituzione una centralità tanto normativa quanto sociale. Invero non solo la superficialità di teorie neo-costituzionali ovvero a-costituzionali, ma anche l'amplificarsi oltre il giusto delle più meditate, ma non perciò meno distorsive, prospettive che si richiamano ai “valori”, intesi sempre più di frequente come assoluti e affidati ai liberi bilanciamenti rimessi integralmente nella mani demiurgiche dei giudici – quelli costituzionali specie – hanno finito per far dimenticare che la fonte legittimante il diritto – i valori in esso invernati – è il *testo* normativo. Se si ammette, come dice Gadamer, che dal testo bisogna partire per ricercare il significato delle norme, non ci si può però scordare che alla fine del circolo ermeneutico al testo bisogna tornare. Alla conclusione di un percorso che ha teso inizialmente a decostruire un sapere accusato di eccessivo formalismo e dogmatismo si è giunti ai confini del soggettivismo interpretativo con la conseguenza inevitabile di delegittimazione di ogni cosa, ogni sapere giuridico, sottraendo al diritto costituzionale la sua “forza” di norma superiore. Il diritto rischia così di tornare ad essere esclusivamente espressione di un'*auctoritas* (se non di sola *potestas*). Ma il costituzionalismo moderno non era proprio per superare l'affermazione *auctoritas*

non veritas fecit legem? Non ha la sua ragion d'essere nell'imporsi come *lex superior* e limite alla sovranità del potere? *Limitare il potere e garantire i diritti* sta scritto in tutti i testi fondamentali del costituzionalismo degli ultimi duecento anni.

Proprio in reazione a queste derive, che rischiano di minare alle fondamenta l'idea del costituzionalismo modernamente inteso, è andata faticosamente emergendo una richiesta di ritorno al valore normativo dei testi. Si è rivendicata – o almeno ricercata – la forza “normativa” della costituzione.

Scommettendo sulla forza normativa della costituzione si è aperta la trincea di quella che personalmente ritengo la frontiera più esposta e dottrinarmente più avanzata del costituzionalismo italiano contemporaneo. Non – si intenda – un puro ritorno alla norma o al normativismo kelseniano, bensì il tentativo, oggi non facile, di coniugare – anzi di ricominciare a coniugare – norme e realtà, legge e fatto, diritti e conflitti.

E' a questo costituzionalismo – attualmente forse minoritario, ma in lotta per l'egemonia, in un tempo invero dominato dalla pluralità dei linguaggi e dei discorsi costituzionali – che l'insegnamento di Luigi Ferrajoli può apparire prezioso»³⁸.

A questa prima ragione di diffidenza dell'odierna dottrina costituzionalistica nei confronti della teoria assiomatizzata del diritto, Ferrajoli risponde in prima persona, facendo notare che in diverse occasioni ha criticato, tanto più con riferimento agli ordinamenti dotati di costituzioni rigide, il metodo tecnico-giuridico e la pretesa valutatività della scienza del diritto e soprattutto che dietro all'opposizione tra normativismo e realismo giuridico vi è una questione più complessa che va al di là delle questioni di metodo: «investendo la natura stessa delle odierne democrazie costituzionali, caratterizzate da una divaricazione strutturale tra il dover essere normativo del diritto e il suo essere effettivo: una duplice divaricazione, l'una tra validità e vigore e l'altra tra vigore ed effettività delle norme, che solo la costruzione di un sistema complesso di funzioni e di istituzioni di garanzia è in grado, a me pare, di ridurre, anche se, certo, non di eliminare interamente.

38 G. Azzariti, *Ferrajoli e i costituzionalisti*, in S. Anastasia (a cura di), *op. cit.*, 2011, pp. 108-112

A mio parere infatti, in presenza di costituzioni rigide, che stabiliscono le condizioni della validità non solo formale ma anche sostanziale del diritto vigente, la scienza giuridica non può essere né solamente normativistica né solamente realistica, ma deve essere l'una e l'altra cosa insieme: *normativistica* nell'analisi del *dover essere* normativo e specificamente normativo delle leggi, e più in generale della produzione giuridica; *realistica* nell'analisi e nella critica del loro essere effettivo, cioè dei profili di invalidità e di ineffettività, oltre che di validità ed effettività, delle norme vigenti. Solo in questo modo si possono evitare le due opposte fallacie che conseguono a un approccio unidimensionale del diritto positivo: la *fallacia normativistica* di chi guarda solo alle norme e al 'dover essere normativo' del diritto, così precludendosi, come nella teoria Kelseniana, di riconoscere l'esistenza di norme invalide pur se vigenti e di norme ineffettive pur se valide, e la *fallacia realistica* di chi al contrario, guardando solo ai fatti e all'«essere effettivo del diritto», non è in grado di riconoscere l'esistenza di norme valide pur se ineffettive e di norme invalide pur se effettive»³⁹.

Un secondo argomento che Azzariti pone, è quello dell'opposizione tra forma e sostanza: «Secondo Ferrajoli – a differenza di Kelsen, ma anche di Bobbio e dei maggiori teorici del normativismo “puro” - le norme e la loro validità scontano una doppia e non confondibile dimensione: da un lato, quella “formale”, che è propria della teoria generale, dall'altro, quella “sostanziale”, che si pone a fondamento della comprensione (e della validità stessa) delle dinamiche della democrazia.

Se allora il quadro della democrazia è retto da norme sostanziali è chiaro che non ci si può accontentare di definire le regole procedurali di un ordinamento che si pretende democratico (non basta l'idea formale o meramente procedurale di democrazia, come pretendevano i normativisti “puri”), bisogna invece guardare alla capacità delle norme di rispondere alla realtà dei rapporti sociali, alla capacità di dare soluzione ai conflitti, in base a storicamente determinati principi costituzionalmente imposti.

39 L. Ferrajoli, *Dodici questioni intorno a Principia iuris*, in S. Anastasia (a cura di), *op. cit.*, 2011, pp. 177-178

In sostanza non basta una norma purchessia o la mera affermazione di un principio; non basta la scrittura di un diritto o l'approvazione di una Carta (forse anche in forma di costituzione). Ciò che realmente rileva è la rispondenza delle norme – di quelle costituzionali in specie – di farsi valere, sul piano della effettività in base ad un contenuto “sostanziale”, etico-sociale (direbbe, forse, Ferrajoli), storico-politico (aggiungo io).

Esattamente ciò che non fatica, molte accuse e tante incomprensioni, cerca di affermare quella minoranza di studiosi costituzionalisti che non si accontenta di razionalizzare il reale o di fornire letture tecnico-formali delle disposizioni che vogliono garantire i diritti o fondare e poi limitare i poteri.

Credo che la lezione di Ferrajoli possa essere particolarmente apprezzata proprio in considerazione dello scarto tra norme e realtà, di fronte alla quale oggi ci troviamo. Un distacco che contrassegna il basso grado di democraticità sul piano fattuale a fronte di un alto tasso di retorica costituzionale, espresso da testi, documenti e Carte tanto enfatiche quanto vuote o svuotate dall'ineffettività, cioè dall'insopportabile divaricazione rispetto alla realtà. In questa controversa situazione il pensiero di Ferrajoli può risultare almeno un utile strumento di analisi critica del reale. Ritengo possa essere utile soprattutto a chi – i costituzionalisti tra questi – non vuole accontentarsi dello stati di cose presenti, facendo valere la forza del diritto della democrazia costituzionale»⁴⁰.

Ridiamo voce alla riflessione di Ferrajoli su quanto sostenuto da Azzariti: «C'è poi una seconda opposizione che il paradigma costituzionale consente di superare: quella tra forma e sostanza, ovvero tra formalismo e sostanzialismo e, di riflesso, tra gius-positivismo e gius-naturalismo, parimenti richiamata da Azzariti con le sue giuste osservazioni critiche nei confronti del tendenziale giusnaturalismo delle odierne dottrine neo-costituzionalistiche. Queste dottrine, sulla base della configurazione delle norme costituzionali non già come regole, bensì come principi, (o valori) morali – suscettibili, a causa della loro vaghezza e del loro tendenziale

40 G. Azzariti, *op. cit.*, 2011, pp.112-113

conflitto, di bilanciamento e perfino di deroga, anziché di applicazione – hanno finito per indebolire il carattere vincolante del “testo normativo” della costituzione e per avvallare un “soggettivismo interpretativo” e un attivismo giudiziario che rischiano di indebolire altresì la legittimazione della giurisdizione. [...].

Ebbene, non diversamente dalla falsa opposizione tra la concezione del diritto come “norma” e quella del diritto come “fatto”, anche l'idea del diritto come “forma” e l'idea del diritto come “sostanza” e strumento di concreta tutela non sono affatto tra loro alternative. Come ha affermato Azzariti, secondo il paradigma costituzionale da me teorizzato “le norme e la loro validità scontano una doppia dimensione: da un lato quella formale”, relativa alla conformità delle forme della produzione normativa, e “dall'altro quella sostanziale”, relativa alla coerenza della sostanza delle norme prodotte con le norme costituzionali. Queste due dimensioni della validità, imposte l'una da “norme formali” sul *chi* e sul *come* delle decisioni e l'altra da “norme sostanziali” sul *che cosa* è vietato o obbligatorio decidere, retroagiscono peraltro sulla democrazia costituzionale innestandovi, accanto alla tradizionale dimensione *formale* espressa dalle forme rappresentative delle funzioni politiche di governo e relativa alla *sfera del decidibile*, anche una dimensione *sostanziale*, assicurata dai limiti e dai vincoli imposti a tale sfera dai diritti costituzionalmente stabiliti e relativa perciò a quella che ho chiamato la sfera dell'indecidibile: la sfera del non decidibile *che*, disegnata dai *diritti di libertà*, e la sfera del non decidibile *che non* disegnata dai *diritti sociali*. [...].

Questa tensione era rimasta irrisolta nel vecchio stato legislativo di diritto, nel quale la legge si configurava come espressione della volontà generale inevitabilmente esposta alla “deriva giacobina”. Ebbene, il patto costituzionale altro non è che l'imposizione alla volontà generale della suddetta *sfera dell'indecidibile*, a tutela non solo dei diritti della persona ma della stessa democrazia, contro le sue possibili degenerazioni dispotiche. L'antico e ricorrente dilemma e contrasto tra governo delle leggi e governo degli uomini, tra ragione e volontà, tra diritto naturale e diritto positivo, tra Antigone e Creonte, che fin dall'antichità ha attraversato la storia della

filosofia giuridica e politica, è stato così in gran parte risolto dalle odierne costituzioni rigide con la positivizzazione di quella legge della ragione, pur storicamente determinata e contingente, che si esprime nei principi e nei diritti fondamentali da esse stipulati come limiti e vincoli alla legge della volontà, che in democrazia è la legge del numero espressa invece dal principio di maggioranza. Questi limiti e questi vincoli, come ben sappiamo, sono oggi non solo assai spesso violati, ma anche contestati dalle attuali culture populiste e maggioritarie. Di qui, osserva Azzariti, lo “scarto tra norme e realtà, di fronte al quale oggi ci troviamo” e “il basso grado di democraticità sul piano fattuale” del nostro sistema politico»⁴¹.

41 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2011, pp.179-181

II

L'analisi di Ferrajoli. Il modello teorico: la democrazia attraverso i diritti e il “costituzionalismo garantista”

2.1 La democrazia costituzionale

Ferrajoli distingue schematicamente tre modelli di diritto, corrispondenti ai processi storici che vanno dall'età premoderna all'indomani della seconda guerra mondiale.

Quello che caratterizzava il diritto premoderno era la sua caratteristica prevalentemente giurisprudenziale e dottrinale, frutto di tradizione e sapienza giuridica sedimentatesi nel corso dei tempi, senza che esistesse un sistema unitario e formalizzato di leggi positive: «Il primo modello è quello del diritto giurisprudenziale premoderno. Secondo questo modello, che riflette l'esperienza storica del diritto romano e del diritto comune fino all'età delle codificazioni, il diritto, non essendo un monopolio incontrastato della produzione normativa in capo a fonti predeterminate, consiste principalmente in un patrimonio di massime, di categorie, di principi e di precedenti giudiziari tramandato dalla cultura e dalla pratica giurisprudenziale e dottrinaria. Esso è perciò un sistema normativo che, secondo la terminologia kelseniana, possiamo ben caratterizzare come tendenzialmente e prevalentemente *nomostatico*. La sua norma di riconoscimento è infatti l'intrinseca *giustizia* o *razionalità*. Esistevano ovviamente, anche nell'esperienza storica premoderna, leggi, decreti, ordinanze e statuti. Tuttavia queste norme a causa dell'eterogeneità, del pluralismo e del particolarismo degli ordinamenti che vivevano sui medesimi territori, finivano, nei tempi lunghi per inserirsi e amalgamarsi entro il *corpus iuris* tramandato dalla tradizione, soggiacendo al principio normativo, pur se di fatto

lungamente inattuato, dell'interna coerenza e completezza. L'esistenza e la validità delle norme di diritto comune, al di là delle deroghe costituite dal diritto statutario, dipendevano, in altre parole, dalla loro sostanza o contenuto prescrittivo. La logica, infatti, era interna e non esterna al sistema giuridico. *Veritas, non auctoritas facit legem*: è la verità, cioè l'intrinseca giustizia o razionalità, la norma di riconoscimento delle norme giuridiche secondo tale modello. Di qui la confusione tra diritto e morale, ovvero tra validità e giustizia. Una massima di Gaio, ad esempio, prevaleva in giudizio su una massima di Ulpiano, o viceversa, perché ritenuta, nel caso concreto, più giusta o comunque più appropriata. Per questo il *gius-naturalismo* era la filosofia del diritto che rifletteva questa esperienza. Del resto non si spiegherebbe il predominio millenario di questa dottrina senza questo suo ancoraggio storico all'esperienza pratica del diritto»⁴².

Con la nascita dello stato moderno si ha la nascita dello stato legislativo di diritto con la codificazione delle leggi. Così continua il nostro giurista: «Il secondo modello è quello *legislativo* o *paleo-giuspositivista*, affermatosi con quella prima rivoluzione istituzionale che è stata l'affermazione del monopolio statale della produzione normativa. In base a tale modello, la cui norma di riconoscimento è il *principio di legalità*, le norme esistono perché prodotte, ben più e ben prima che perché dedotte. Si tratta di sistemi normativi caratterizzabili, secondo il lessico kelseniano, come *nomodinamici*. L'esistenza e la validità delle norme sono infatti in esse riconoscibili sulla base della loro forma di produzione, e non sulla base dei loro contenuti. *Auctoritas, non veritas facit legem*⁴³: è non già l'autorevolezza dei dottori, e neppure l'intrinseca giustizia o razionalità delle norme, bensì l'autorità delle loro fonti che fonda l'appartenenza di una norma giuridica a un dato ordinamento. Di qui la separazione tra diritto e morale o tra validità e giustizia, che non è altro che un corollario del principio di legalità: se l'esistenza delle norme dipende unicamente

42 L. Ferrajoli, *op.cit.*, 2013, pp.6-7

43 È la classica massima hobbesiana, opposta a quella giusnaturalistica più sopra ricordata. “Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem” (T. Hobbes, *Leviathan sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. lat., in *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, cap.XXVI, § 21, p.448).

dalla loro positività possono ben darsi norme positive ingiuste e tuttavia esistenti e norme giuste e tuttavia non positive e perciò inesistenti. La possibile ingiustizia delle norme è il prezzo che viene pagato ai valori della certezza del diritto, dell'uguaglianza davanti alla legge, della libertà contro l'arbitrio e della soggezione dei giudici al diritto assicurati da tale modello. Si capisce che il *gius-positivismo* è la filosofia del diritto che si afferma in corrispondenza con questa esperienza. Il punto di vista della giustizia, conseguentemente, si autonomizza dal diritto e dalla scienza giuridica come punto di vista politico e assiologico, esterno sia all'uno che all'altra»⁴⁴.

All'indomani della seconda guerra mondiale si diffonde in Europa lo stato costituzionale di diritto con la creazione di costituzioni rigide, quali norme di riconoscimento del diritto valido, e del controllo di costituzionalità sulle leggi ordinarie. Scrive Ferrajoli: «Infine, il terzo modello è quello *costituzionale* o *neo-giuspositivista*, che si afferma con un ulteriore mutamento di paradigma e con una seconda rivoluzione istituzionale: la subordinazione al diritto della stessa legislazione, e perciò il completamento dello stato di diritto come *stato costituzionale di diritto* grazie alla diffusione in Europa, all'indomani della seconda guerra mondiale, delle costituzioni rigide quali parametri di validità del diritto vigente. In base a questo modello, mentre l'esistenza o vigore delle norme continua a dipendere dalla loro forma di produzione, la cui norma di riconoscimento resta il vecchio principio di legalità formale, la loro validità dipende anche dalla loro sostanza o contenuto, la cui norma di riconoscimento consiste nel *principio di legalità sostanziale* che vincola alla coerenza con i principi e i diritti costituzionalmente stabiliti. Alla separazione e divaricazione esterna tra giustizia e validità, si aggiunge così la divaricazione interna tra validità ed esistenza: possono ben esistere, negli ordinamenti costituzionali odierni, norme esistenti perché prodotte in conformità alle norme formali sulla produzione e tuttavia invalide perché in contrasto con la costituzione. Con i principi e i diritti fondamentali da questa stabiliti viene infatti stipulata, quale solenne “mai più” agli orrori dei totalitarismi, quella che ho chiamato la sfera del non decidibile: ciò che

44 Ivi, p. 7

nessuna maggioranza può decidere, in violazione dei diritti di libertà, e ciò che nessuna maggioranza può non decidere in violazione dei diritti sociali, gli uni e gli altri dalla costituzione stabiliti. L'ordinamento resta un sistema nomodinamico, nel quale le norme vengono ad esistenza se e solo se prodotte nelle forme da esso stabilite; e tuttavia viene in esso innestata una dimensione nomostatica, in forza della quale le norme indebitamente prodotte o non prodotte in contrasto con la costituzione si configurano come vizi, cioè come antinomie o come lacune che richiedono di essere rimosse. I principi logici della coerenza e della completezza, identificandosi con il dover essere della produzione legislativa rispetto ai *principia iuris et in iure* stipulati costituzionalmente, tornano ad assumere – quali *principia iuris tantum*, come li ho chiamati – valenza normativa. Di qui, il ruolo critico della scienza giuridica nei confronti del diritto illegittimo promosso dal gius-costituzionalismo, divenuto oggi la filosofia del diritto più diffusa perché più d'ogni altra in grado di dar conto delle odierne democrazie costituzionali»⁴⁵.

Riassumendo: «Il tratto distintivo del *positivismo giuridico* che differenzia il diritto moderno da quello pre-moderno, si è visto, è il carattere appunto positivo proveniente da quello che si è chiamato *principio di legalità formale* o di *mera legalità*, in forza del quale una norma esiste ed è valida in base unicamente alla forma legale della sua produzione. Il tratto specifico del *costituzionalismo giuridico* rispetto ai sistemi giuridici di tipo meramente legislativo è a sua volta una caratteristica non meno strutturale: la subordinazione delle leggi medesime al diritto espressa da quello che ho chiamato *principio di legalità sostanziale* o di *stretta legalità*, in forza del quale una norma è valida, oltre che vigente, solo se i suoi contenuti non contrastano con i principi e i diritti fondamentali stabiliti dalla costituzione»⁴⁶.

Con il primo giuspositivismo, corrispondente alla formazione dello Stato sovrano quale detentore del monopolio della produzione legislativa, nasce dunque la politica moderna come fonte primaria del diritto: il diritto diventa un prodotto della politica e

45 Ivi, pp.8-9

46 L. Ferrajoli, *Iura Paria, i fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 14

il suo principale strumento di governo. Con il secondo giuspositivismo, quello costituzionale, che positivizza il dover essere della produzione legislativa, il rapporto tra politica e diritto si complica: il diritto continua ad essere un prodotto e uno strumento della politica, ma la politica si subordina al diritto, e precisamente alla sfera del non decidibile stipulata nelle costituzioni. Oggi la fine del monopolio statale della produzione normativa a causa di trattati sovranazionali che disattivano le costituzioni e dello sviluppo di poteri economici e finanziari che si sottraggono al ruolo di governo delle istituzioni politiche della democrazia rappresentativa, ci ha immessi in una profonda crisi del paradigma costituzionale.

Nel dibattito sul costituzionalismo, che vede da una parte chi afferma la sua continuità con il vecchio paradigma giuspositivista dello stato legislativo e quindi la semplice introduzione nell'ordinamento di un ulteriore livello normativo sopraordinato alla legislazione ordinaria, e dall'altra chi afferma una radicale discontinuità con un ristabilirsi della connessione premoderna fra diritto e morale e quindi di un tendenziale neo-giusnaturalismo, è interessante la posizione di Ferrajoli. Essa prende le distanze da entrambe le precedenti concezioni ed afferma: «È la concezione del costituzionalismo e della democrazia che ho chiamato “garantista” [...]. In base a essa, diversamente dalla prima concezione, il costituzionalismo è un modello normativo dell'ordinamento prodotto da un mutamento di paradigma sia del diritto che della democrazia, grazie al quale la validità delle leggi e la legittimità della politica sono condizionate al rispetto e all'attuazione delle garanzie dei diritti stipulati nelle costituzioni. Diversamente dalla seconda concezione, inoltre, la stipulazione di principi e diritti fondamentali in costituzioni rigidamente sopraordinate a tutte le altre fonti equivale all'imposizione, all'intera produzione normativa, di limiti e vincoli applicabili alle loro violazioni esattamente come le regole. Il costituzionalismo garantista viene così a configurarsi, sul piano teorico, come un completamento sia del positivismo giuridico, dato che consiste nella positivizzazione delle scelte medesime cui il legislatore deve uniformarsi, sia dello stato di diritto e della democrazia, dato che comporta la sottoposizione di ogni potere, incluso quello politico e legislativo, a

norme formali e sostanziali dirette in via primaria a limitarne l'esercizio e in via secondaria a censurarne o a rimuoverne le violazioni di garanzia dei diritti di tutti»⁴⁷ e in un altro passo: «Il primo giuspositivismo, basato sul primato della legge, *ha reso possibile* alla legislazione la positivizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali, cioè la loro stipulazione in norme di diritto positivo. Il secondo giuspositivismo, basato sul primato della costituzione e sulla subordinazione ai diritti in essa stabiliti della stessa produzione legislativa, *ha reso obbligatoria* la positivizzazione delle medesime garanzie mediante la loro imposizione allo stesso diritto positivo. Le garanzie dei diritti fondamentali, che nel primo positivismo sono introdotte autonomamente dalla legislazione in accordo con principi di giustizia politici o esterni, sono state insomma imposte dalla costituzione, che ha trasformato tali principi politici in principi giuridici o interni.

Precisamente, se grazie al primo positivismo giuridico è stato possibile, con l'introduzione del suffragio universale nell'elezione degli organi legislativi e di governo, affidare il *chi* e il *come* della produzione normativa a soggetti politicamente rappresentativi, grazie al secondo positivismo è stato vincolato il *che cosa* delle norme prodotte alla garanzia degli interessi e dei bisogni vitali dei soggetti rappresentati. La collocazione gerarchica della costituzione al di sopra della legislazione equivale infatti alla normatività della prima nei confronti della seconda, che a sua volta equivale, a causa del carattere linguistico di entrambe, al dover essere logico, oltre che giuridico, della coerenza e della completezza della seconda rispetto alla prima. L'antico, ricorrente contrasto tra *ragione* e *volontà*, tra *legge della ragione* e *legge della volontà*, tra *diritto naturale* e *diritto positivo*, tra Antigone e Creonte che fin dall'antichità attraversa l'intera filosofia giuridica e politica e corrisponde all'antico e parimente ricorrente dilemma e contrasto tra governo delle leggi e governo degli uomini, è stato così in gran parte risolto dalle odierne costituzioni rigide con la positivizzazione della “legge della ragione”, sia pure storicamente determinata e contingente nella forma dei principi e dei diritti fondamentali in esse

47 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, introd. p. VI

stipulati quali limiti e vincoli alla legge della volontà che in democrazia è la legge del numero espressa dal principio di maggioranza. È in questo che consiste il completamento del positivismo giuridico prodotto dal costituzionalismo: nella positivizzazione non più solo dell'*essere* ma anche del *dover essere* del diritto; non più solo delle sue forme di produzione ma anche delle scelte che la sua produzione deve rispettare ed attuare. Ciò non vuol dire affatto che venga meno la separazione tra diritto e morale che del positivismo giuridico forma il tratto distintivo. Antigone conserva la sua autonomia, quale portatrice del punto di vista morale e politico irriducibilmente esterno, critico e progettuale nei confronti del diritto vigente, incluso il suo contingente dover essere costituzionale. Certamente, con la trasformazione delle leggi di ragione, da essa volta a volta rivendicate, in norme costituzionali di diritto positivo, il divario tra il diritto e il senso corrente della giustizia si è ridotto. Ma il divario è destinato a riaprirsi con l'emergere di nuove istanze di giustizia e, di nuovo, a ridursi con la conquista di nuovi diritti, e perciò con il progresso storico del costituzionalismo»⁴⁸.

La democrazia costituzionale è nata dall'integrazione della dimensione formale e di quella sostanziale della democrazia. Importante per capire la novità del pensiero ferrajoliano, è sottoporre ad analisi queste due dimensioni, la prima legata al giuspositivismo dello stato legislativo e la seconda al giuspositivismo dello stato costituzionale di diritto.

La dimensione formale della democrazia consiste essenzialmente in un metodo di formazione delle decisioni politiche: precisamente nell'insieme delle regole del gioco che attribuiscono al popolo o alla maggioranza dei suoi membri di potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni. Scrive, in una mirabile sintesi, Ferrajoli: «È questa la concezione della democrazia *tout court* che accomuna l'intera storia del pensiero politico: dalla classica tripartizione introdotta da Platone nel *Politico* e ripresa da Aristotele all'idea

48 Ivi, pp. 25-26

rousseauviana della volontà generale⁴⁹, fino alle odierne teorie della democrazia rappresentativa, da Kelsen a Bobbio, da Schumpeter a Popper e a Waldron.

Ho illustrato più volte le ragioni e le aporie che a mio parere rendono insufficiente questa concezione solamente politica o formale della democrazia: la sua mancanza di portata empirica a causa della sua inidoneità a dar conto delle odierne democrazie costituzionali, nelle quali il potere del popolo o dei suoi rappresentanti non è affatto illimitato ma è sottoposto ai limiti e ai vincoli di contenuto imposti dai diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti; la necessità di tali limiti e vincoli, a cominciare dai diritti di libertà, quali condizioni della stessa effettività della democrazia politica, cioè della formazione di una volontà degli elettori consapevole e informata; il fatto infine che tali limiti sono una garanzia di sopravvivenza della stessa democrazia politica, la quale in loro mancanza può essere manomessa dall'onnipotenza delle maggioranze, come hanno dimostrato il fascismo e il nazismo del secolo scorso che conquistarono il potere con mezzi legali e formalmente democratici e poi soppresso dalla democrazia. Qui intendo sottolineare due fallacie ideologiche che di solito accompagnano questa concezione solo formale e che consistono entrambe in un'indebita connotazione assiologica associata alle forme della democrazia politica: da un lato la giustizia, cioè l'idea che il potere del popolo sia un potere buono e giusto e, dall'altro, l'autogoverno che da tali forme risulterebbe garantito.

La prima di queste due tesi attraversa gran parte della storia del pensiero democratico: dall'apologia della democrazia diretta formulata da Protagora nell'omonimo dialogo di Platone⁵⁰, all'argomento di Aristotele sulle molteplici e

49 "Terza forma di costituzione non è forse il governo della massa, che ha nome 'democrazia?": Platone, *Politico*, 291d, in Id., *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano 2008, p. 349; "È necessario che sovrano sia o uno solo, o pochi, o i molti: Aristotele, *Politica. Costituzione degli ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Laterza, Bari, 1972, 1279a, p. 146

50 "Gli ateniesi, e anche gli altri, allorché sia in questione l'abilità dell'arte di costruire o di qualche altra arte, ritengono che pochi debbano prender parte alle deliberazioni. E se qualcuno che non sia di questi pochi vuol dare consigli, non lo sopportano, come tu dici: e a buon ragione, dico io. Ma quando si radunano in assemblea per questioni che riguardano la virtù politica, e si deve quindi procedere esclusivamente secondo giustizia e temperanza, è naturale che essi accettino il giudizio di chiunque, convinti che tutti, di necessità, partecipino di questa virtù, altrimenti non esisterebbe la città": Platone, *Protagora*, 323a, in Id., *Tutti gli scritti* cit., p. 820.

perciò superiori intelligenze che concorrono nelle decisioni⁵¹, fino alla tesi di Rousseau sulla volontà "sempre retta" e rivolta "all'utilità pubblica"⁵², sostanzialmente ripresa da Kant, secondo il quale tale volontà non può "recare ingiustizia" né "fare torto a nessuno"⁵³.

Certamente questo principio ribalta la svalutazione o peggio il disprezzo nei confronti del popolo e, conseguentemente, il giudizio negativo sulla forma di governo democratica che accomunano gran parte del pensiero politico⁵⁴. Certamente, inoltre, in paesi di solide tradizioni liberali e democratiche l'idea della maggiore "saggezza" della moltitudine in opposizione a quella di una singola persona o di un'élite, già sostenuta da Aristotele, può essere invocata a sostegno della dignità della legislazione prodotta con metodo democratico. Tuttavia quel principio resta un *non sequitur*. Leggi ingiuste oltre che indegnamente incostituzionali possono ben essere emanate

51 Aristotele, *Politica* cit., 1281b, pp.154-155: "Che la massa debba essere sovrana dello Stato a preferenza dei migliori, che pur sono pochi, sembra si possa sostenere: implica sì delle difficoltà, ma forse anche la verità. Può darsi in effetti che i molti, pur se singolarmente non eccellenti, qualora si raccolgano insieme siano superiori a loro, non presi singolarmente ma nella loro totalità, come lo sono i pranzi comuni rispetto a quelli allestiti a spese di uno solo. In realtà, essendo molti, ciascuno ha una parte di virtù e di saggezza e come quando si raccolgono insieme, in massa, diventano un uomo con molti piedi, con molte mani, con molti sensi, così diventano un uomo con molte eccellenti doti di carattere e d'intelligenza".

52 "La volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica": J.J. Rousseau, *Del contratto sociale* (1762), trad. Di R. Mondolfo, in Id., *Opere*, a cura di P. Rossi, Firenze, Sansoni, 1972, lib.II, cap.III, p.290. Ma si ricordi anche questo passo inquietante: "Da sé il popolo vuole sempre il bene, ma non sempre lo vede da sé. La volontà generale è sempre retta, ma il giudizio che la guida non sempre è illuminato. Bisogna farle vedere gli oggetti come sono, e talvolta come le debbono apparire, mostrare il buon cammino che cerca, proteggerla dalla seduzione delle volontà particolari, ravvicinare ai suoi occhi i luoghi e i tempi, far contrappeso all'attrattiva dei vantaggi presenti e sensibili col pericolo dei mali lontani e nascosti. I singoli privati veggono il bene che respingono; il pubblico vuole il bene che non vede. Tutti ugualmente han bisogno di guida. Bisogna obbligare gli uni a conformare la loro volontà alla loro ragione; bisogna insegnare all'altro a conoscere ciò che vuole[...]. Ecco da che nasce la necessità di un legislatore" (ivi, lib.II, cap.VI, pp.295-296).

53 Si ricordino questi passi di Kant che richiamano apertamente Rousseau: "Il potere legislativo può spettare soltanto alla volontà collettiva del popolo. Infatti, siccome è da questo potere che devono provenire tutti i diritti, esso non deve assolutamente poter recare ingiustizia a qualcuno con le sue leggi. Ora è sempre possibile, quando alcuno decide qualche cosa contro *un altro*, che egli commetta contro di lui un'ingiustizia; ma non la commette mai, però, in ciò che egli decide riguardo a se stesso (perché *volenti non fit iniuria*") (I.Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad.di G. Solari e G. Vidari, Utet, Torino 1965, § 46, p. 500); "Una legge pubblica, che determina per tutti ciò che a loro dev'essere giuridicamente lecito o illecito, è l'atto di una volontà pubblica da cui deriva tutto il diritto, e che quindi non deve poter fare torto a nessuno. Ma ciò non è possibile ad altra volontà che non sia quella del popolo intero (in cui tutti deliberano su tutti e quindi ognuno sopra se stesso), poiché solo a sé non si può far torto" (I.Kant, *Sopra il detto comune: 'questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica'* [1793],II, in Id., *Scritti cit.*, p. 259). Si vedano inoltre i passi kantiani riportati *infra* nella nota 55.

54 Cfr. N.Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie* (1981), in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, p. 384. Basti ricordare la connotazione negativa associata da Platone alla democrazia nell'VIII libro della *Repubblica*. Ma si veda l'ampia rassegna di valutazioni negative del *demos* nella storia del pensiero politico non solo conservatore o reazionario, ma anche liberale, offerta da V. Pazè, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma -Bari 2011, parte prima.

dalle maggioranze, come attesta l'attività quotidiana delle corti costituzionali negli ordinamenti che dispongono di questa giurisdizione. Ma, soprattutto, l'illusione di una cosiddetta volontà generale come volontà buona non sottoposta a limiti legali – di nuovo, l'idea del governo delle leggi – è stata tragicamente smentita dai totalitarismi del Novecento, che certamente godettero di un consenso maggioritario e furono essi stessi il frutto di un suicidio delle democrazie. E torna purtroppo a riproporsi, come in questi anni abbiamo sperimentato in Italia, nella demagogia populista e nel senso comune.

Esclusa ogni connotazione sostanziale della volontà popolare come volontà giusta e di qualunque potere, pur se democratico, come potere buono, domandiamoci se sia quanto meno sostenibile, quale fondamento assiologico della dimensione formale o procedurale della democrazia, la sua seconda connotazione sopra ricordata, quella che la caratterizza come "auto-nomia", o "auto-governo" o "auto-determinazione" popolare, ossia come libertà positiva del popolo di non essere soggetto ad altre decisioni, e quindi ad altri limiti o vincoli, che non siano quelli deliberati da se medesimo. È anche questa una classica tesi, sostenuta da Rousseau e ripresa da Kant⁵⁵. Ma è anche la tesi sostenuta da Hans Kelsen: "politicamente libero", scrive Kelsen, "è colui che è soggetto a un ordinamento giuridico alla cui creazione partecipa. Un individuo è libero se ciò che egli 'deve' fare secondo l'ordinamento sociale coincide con ciò che egli 'vuole' fare. Democrazia significa che la 'volontà' che è rappresentata nell'ordinamento giuridico dello Stato è identica alle volontà dei sudditi. Il suo opposto è la soggezione dell'autocrazia"⁵⁶. Kelsen ammette che "democrazia ed autocrazia , quali sono state ora definite, non descrivono effettivamente determinate costituzioni storiche, ma rappresentano piuttosto dei tipi ideali. Nella realtà politica non vi è alcuno Stato che si conformi completamente

55 Si ricordi la nozione rousseauviana di libertà come, "l'obbedienza alla legge che noi stessi ci siamo prescritta" (Rousseau, *Del contratto sociale* cit., lib.I, cap. 8, p.287)., ripresa da Kant: "Meglio è definire la mia *libertà* esterna (cioè giuridica) come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso" (I.Kant, *Per la pace perpetua* [1795], sez.II, in *Scritti* cit., p.292, nota); "la *libertà* legale [è] la facoltà di non obbedire ad altra legge, che non sia quella a cui essi [i cittadini] han dato il loro consenso" (Id., *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], ivi, §46, p.500).

56 Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., parte II, IV, A,b p.289. "Il principio di maggioranza, e pertanto l'idea di democrazia, è una sintesi delle idee di libertà e di eguaglianza": ivi, B, b, 3, p. 292

all'uno o all'altro di questi tipi ideali⁵⁷. E ripiega perciò su di una fondazione quantitativa della democrazia politica quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza: "l'idea che sta alla base del principio di maggioranza è che l'ordinamento sociale deve essere in accordo con quanti più soggetti possibile, e in disaccordo con quanti meno sia possibile. Poiché la libertà politica significa un accordo fra la volontà individuale e la volontà collettiva espressa nell'ordinamento sociale, il principio di maggioranza semplice è quello che assicura il più alto grado di libertà politica possibile nella società"⁵⁸.

Ma anche questa è una raffigurazione illusoria. Come ha osservato lo stesso Kelsen, nella democrazia rappresentativa il voto popolare contribuisce soltanto all'elezione di chi è chiamato a decidere, ma non ha nulla a che vedere con le decisioni degli eletti⁵⁹. Il popolo, nella democrazia rappresentativa, non decide nulla nel merito delle questioni politiche. Decide solo, nelle forme e nella misura in cui lo consentono le leggi elettorali, chi saranno coloro che decideranno. Non a caso il divieto del mandato imperativo, ben più che un connotato accidentale, è tutt'uno con la nozione stessa di democrazia rappresentativa, non essendo neppure possibile prefigurare, al momento delle elezioni, le decisioni che saranno prese dagli eletti. Anche nella democrazia diretta, d'altro canto, si decide comunque a maggioranza, e chi resta in minoranza risulta subordinato alla volontà eteronoma della maggioranza. La sola ipotesi di effettiva autodeterminazione popolare si avrebbe in una democrazia diretta in cui tutte le decisioni fossero prese all'unanimità. Ma questo tipo di

57 *Ivi*, A, b, p. 289.

58 *Ivi*, B, b, 2, pp. 291-292. Il massimo grado di libertà possibile, e cioè la maggiore approssimazione possibile all'ideale di autodeterminazione che sia compatibile con l'esistenza di un ordinamento sociale, è garantito dal principio che un mutamento dell'ordinamento sociale richiede il consenso della maggioranza semplice di coloro che vi sono soggetti ".: *ivi*, p. 291. La stessa tesi quantitativa era stata formulata da Kelsen in *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 46, ove il principio di maggioranza era stato fondato sull'idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi". Il *surplus* di legittimazione che proviene alla dimensione politica della democrazia da questa sua concezione come autodeterminazione è forse alla base della contrarietà o almeno della diffidenza di Kelsen (e di altri sostenitori del primato della legislazione come autogoverno) nei confronti dell'incorporazione nelle costituzioni di diritti fondamentali quali parametri del controllo costituzionale sulle leggi.

59 L'idea che i rappresentanti esprimano la volontà degli elettori, secondo Kelsen, è "una finzione" e un'"ideologia politica" che ha lo scopo " di nascondere la situazione reale, di mantenere l'illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo – o, formulata più esattamente, del corpo elettorale – sia limitata alla creazione dell'organo legislativo": Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., B, g, p. 296.

unanimismo, ove fosse verosimile, farebbe supporre una ben più grave distruzione dello spirito pubblico: l'omologazione ideologica e la fine del pluralismo e del conflitto politico e perciò proprio della libertà. Ciò che caratterizza la democrazia, infatti, è non tanto il libero consenso, quanto il libero dissenso. Ma allora anche l'idea della democrazia politica come "autogoverno" è un'idea fallace. La tesi classica secondo cui essa consisterebbe, come scrissero Rousseau e Kant, nel non obbedire ad altre leggi che a quelle che noi stessi ci siamo prescritte, o anche, come scrisse Kelsen, nell'accordo più ampio possibile fra volontà individuale e volontà collettiva è una tesi chiaramente ideologica, che allude a un'ipotesi che nel migliore dei casi è inverosimile e nel peggiore è illiberale. Possiamo ben caratterizzare i diritti politici come 'diritti di autonomia politica'. Ma è chiaro che "autonomia" non designa affatto, in questa espressione, l'autogoverno politico, ossia la soggezione alle leggi prodotte da se medesimi. Le leggi, tutte le leggi, restano pur sempre eteronome, anche per la maggioranza che direttamente o indirettamente le ha votate. Ne consegue che il solo significato che può essere associato all'"autonomia" assicurata dai diritti politici è la libera autodeterminazione di ciascuno che tramite il voto si manifesta, oltre che nella partecipazione alla scelta dei rappresentanti, nel consenso e ancor più nel dissenso nei confronti delle loro decisioni; nella libera opposizione; nella condivisione, ma anche nella critica e nel conflitto politico da essa legittimamente generato»⁶⁰.

Il solo fondamento assiologico della dimensione formale della democrazia è insomma la rappresentanza di tutti i governati resa possibile dall'*uguaglianza politica*, tramite il suffragio universale, in quella specifica classe di diritti che è formata dai diritti politici: che è un fondamento non diverso da quello dell'uguaglianza in tutti gli altri diritti fondamentali nella quale risiede la dimensione sostanziale o costituzionale della democrazia. Non dimentichiamo che fino ancora alla prima metà del secolo scorso, quando tale uguaglianza è stata finalmente riconosciuta, la democrazia non è stata un valore condiviso. La stessa idea di "autonomia", quale fondamento del suffragio ristretto, è stata associata anche dal

60 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, pp. 26-33

pensiero liberale più illuminato, a causa del rifiuto da esso opposto al principio di uguaglianza, unicamente ai cittadini istruiti e/o proprietari perché considerati i soli capaci di autentica autodeterminazione. È stato quindi il valore connesso all'uguaglianza, a sua volta associato a quello della dignità della persona in quanto tale, che ha determinato il mutamento, da negativo in positivo, del giudizio sulla democrazia.

Suffragio universale e principio di maggioranza si sono così affermati come il metodo più d'ogni altro democratico di selezione dei governanti, cioè di coloro che producono le regole *eteronome* cui tutti sono ugualmente sottoposti e questo perché favoriscono il pluralismo politico, nonché il conflitto tra opzioni e concezioni diverse degli interessi generali; perché accordano rappresentanza al dissenso e lasciano spazio all'organizzazione dell'opposizione politica e sociale; perché consentono una qualche forma di controllo popolare e di responsabilità dei rappresentanti, sia pure solo attraverso la loro non rielezione, e le possibili alternative di governo; perché infine, congiuntamente ai diritti di libertà, promuovono la partecipazione popolare e lo sviluppo del dibattito e dell'opinione pubblica da cui sono condizionate sia la formazione delle maggioranze che le loro concrete decisioni.

Naturalmente la realizzazione più o meno soddisfacente di questi valori e di queste funzioni dipende in gran parte dalle leggi elettorali, che sono le leggi di attuazione e garanzia dei diritti politici.

Quanto detto fin ora designa e garantisce solamente la *forma democratica* di come si scelgono i governanti ma non garantisce assolutamente che le decisioni che questi prenderanno abbiano una *sostanza democratica* ed è qui che entra in scena la dimensione sostanziale: «La forma rappresentativa degli organi legislativi e di governo, pur essendo una condizione necessaria della loro legittimazione politica e della dimensione formale della democrazia, non è sufficiente a garantire né la bontà delle decisioni politiche, né la loro corrispondenza alla (supposta) volontà popolare. Si aggiunga che la rappresentatività politica delle istituzioni elettive soffre oggi della profonda crisi contemporanea: per il venir meno del radicamento sociale dei partiti,

per il loro discredito nella pubblica opinione, per la crescente personalizzazione verticalizzazione dei sistemi politici, per la loro tendenziale subalternità ai poteri economici e finanziari, per lo sviluppo e il successo elettorale, come è avvenuto in Italia, di movimenti populistici, antiparlamentari e privi di democrazia interna.

Proprio per questo è essenziale la dimensione sostanziale innestata nella democrazia politica del paradigma costituzionale. Fu del resto sulla base della consapevolezza dell'insufficienza della dimensione solo formale ma preservare la stessa democrazia politica che si affermò, nel secondo dopoguerra, il paradigma della democrazia costituzionale quale sistema di limiti e vincoli sostanziali – il principio di uguaglianza, la dignità della persona e i diritti fondamentali – alle decisioni di qualunque maggioranza. Proprio perché il metodo democratico non garantisce affatto tali limiti e vincoli di contenuto, si convenne la loro imposizione costituzionale al potere normativo delle contingenti maggioranze. Indubbiamente, connotati sostanziali di questo tipo, necessari per garantire lo stesso metodo democratico e i suoi svariati e complessi presupposti, sono stati teorizzati dalla filosofia politica liberale anche con riguardo allo stato legislativo di diritto. Ma, ripeto, lo sono stati come limiti *politici* o *esterni*, e non anche come limiti *giuridici* o *interni*. La democrazia costituzionale ha trasformato questi limiti politici in limiti e in regole giuridiche. È stata questa la grande innovazione del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra. Ne è risultato un paradigma complesso – la democrazia costituzionale – che accanto alla dimensione politica o *formale* include anche una dimensione che ben possiamo chiamare *sostanziale*, dato che riguarda la sostanza delle decisioni: ciò che da un lato è vietato e dall'altro è obbligatorio decidere, quali che siano le contingenti maggioranze.

Questo mutamento di paradigma della democrazia e dello stato di diritto è avvenuto, come si è detto, con il cambiamento delle condizioni di *validità* – non più solo *formali*, ma anche sostanziali – della produzione legislativa. Esiste infatti un nesso biunivoco tra il mutamento strutturale di tali condizioni e mutamento strutturale della democrazia, generati entrambi dal paradigma del costituzionalismo

rigido. Esiste, più in generale, un nesso isomorfico tra le condizioni giuridiche di validità – quali che siano, democratiche o non democratiche – e le condizioni politiche dell'esercizio legittimo del potere normativo: in breve, tra diritto e politica e tra teoria del diritto e teoria politica. È il nesso che fa della teoria politica un'interpretazione semantica, appunto teorico-politica, dell'apparato concettuale elaborato dalla teoria del diritto. La teoria del diritto, infatti, ci dice che cosa è la validità: non quali sono, o è giusto che siano, le condizioni della validità delle norme – che è quanto ci dicono le discipline giuridiche dei diversi ordinamenti e le diverse filosofie politiche della giustizia – ma che cosa sono tali posizioni. Ce lo dice, in quanto teoria pura o formale nel senso più sopra precisato, con la definizione del concetto di validità: è validità qualunque norma prodotta in un dato ordinamento in conformità e in coerenza con le norme formali e sostanziali, quali che siano, sulla sua produzione normativa. La teoria politica della democrazia ci dice invece quali devono essere, in democrazia, le forme e i contenuti appunto democratici della produzione normativa e in generale delle decisioni politiche. Ma la stessa cosa farebbe una teoria politica dell'autocrazia: l'identificazione delle forme autocratiche – ad esempio, il principio *quod principi placuit legis vigorem*, inteso '*princeps*' quale organo autocratico dotato di potere assoluto e '*vigorem*' nel senso di '*validitatem*' – della produzione delle norme e più in generale delle supreme decisioni politiche. La democrazia costituzionale, nel suo modello garantista si caratterizza dunque, rispetto alla democrazia solamente formale o politica, per l'imposizione giuridica ai poteri politici non solo delle forme delle decisioni, ma anche di quella che ho sopra chiamato la sfera di "ciò che non può" e di "ciò che deve essere deciso", a garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti. Ne consegue, in forza dell'isomorfismo tra diritto e sistema politico, un mutamento sia della nozione di validità che della nozione di democrazia, l'una e l'altra contrassegnate da una dimensione sostanziale in aggiunta alla dimensione formale propria del paradigma legislativo: sono sostanzialmente invalide e politicamente illegittime, pur se validamente prodotte nelle forme stabilite dalle norme formali sulla loro produzione,

le norme in contrasto con i principi e i diritti stabiliti dalle norme sostanziali dettate dalla costituzione. Cambia conseguentemente il *principio di legalità* che, viene ad articolarsi in due principi: non più soltanto il *principio di mera legalità* o di *legalità formale*, in forza del quale la giurisdizione e le altre attività infra-legali sono subordinate alla legge quale che sia, ma anche il *principio di stretta legalità* o di *legalità sostanziale*, in forza del quale la validità sostanziale della legge medesima è subordinata alla compatibilità dei suoi contenuti con i principi e i diritti stabiliti dalle norme costituzionali.

Proprio l'isomorfismo che lega, sul piano teorico, la nozione giuridica di validità e la nozione politica di esercizio legittimo del potere impone insomma, negli odierni ordinamenti dotati di costituzione rigida, il riconoscimento, accanto alla dimensione formale o procedurale della democrazia, di una non meno importante dimensione sostanziale, generata dalle più complesse condizioni in essi richieste alla validità, relative non più solo al "chi " e al "come", cioè alle forme della produzione normativa, ma anche al "che cosa", cioè alla sostanza o al contenuto delle decisioni prodotte. Questa dimensione sostanziale, in aggiunta alla dimensione formale, così della validità come della democrazia, non ha nulla a che vedere con l'idea della volontà buona e giusta, ma semmai, al contrario, con la preoccupazione esattamente opposta che è ben possibile che tale volontà non sia né buona né giusta. Essa è stata innestata, nei nostri ordinamenti, dalla positivizzazione in costituzioni rigide, quali *norme sostanziali* sulla produzione legislativa, dei diritti fondamentali e di altri principi di giustizia, come il principio di uguaglianza, la dignità della persona e simili. Conseguentemente, diremo, nelle democrazie costituzionali continua ad essere vero che *quod principi placuit legis habet vigorem*, inteso 'vigore' nel senso di "esistenza", ma non è più vero che esso abbia altresì *validitatem*, ben potendo accadere che una norma formalmente valida perché prodotta nelle forme normativamente previste sia tuttavia sostanzialmente invalida perché i suoi contenuti sono in contrasto con le norme costituzionali.

Viene quindi meno, con il paradigma costituzionale, la vecchia

coincidenza tra validità e vigore (o esistenza) delle norme, che è il tratto distintivo modello stato legislativo di diritto e un postulato del primo positivismo giuridico. Ma di nuovo, nel paradigma della democrazia costituzionale, possiamo registrare l'isomorfismo che anche in materia sostanziale lega validità e democrazia: i limiti e i vincoli sostanziali, cioè il contenuto, imposto dai diritti fondamentali alla volontà delle maggioranze, valgono infatti a condizionare la validità giuridica delle norme non più solo alle loro forme ma anche ai loro contenuti; non più solo alla loro conformità alle norme formali, ma anche alla loro coerenza con le norme sostanziali sulla loro produzione. Ed è chiaro che questa nuova dimensione sostanziale della validità retroagisce sulla struttura della democrazia e dell'esercizio democratico del potere, la cui legittimazione non è più solo politica o formale, cioè fondata solo sul suffragio universale e sul principio di maggioranza, ma anche legale o sostanziale, cioè fondata altresì sul rispetto e sull'attuazione delle norme costituzionali sostanziali»⁶¹.

Per chiudere questo paragrafo mi sembra importante riportare la critica che il nostro giurista fa alla teoria kelseniana e bobbiana partendo proprio dal divorzio fra validità e vigore, tratto distintivo dell'originalità di Ferrajoli. Egli scrive: «Un autorevole avvallo della concezione solamente formale della democrazia, tuttora diffusa nella letteratura politologica, è stato offerto da Hans Kelsen e da Norberto Bobbio, la cui riflessione sulla questione è a mio parere condizionata dalla loro concezione parimenti formale della validità, a sua volta ancorata al vecchio paradigma legislativo dello stato di diritto. Kelsen, cui pure si deve la teorizzazione della struttura a gradi dell'ordinamento e del controllo di legittimità costituzionale sulle leggi, e dopo di lui Bobbio, hanno identificato la validità sostanziale delle norme di legge per contrasto con la costituzione. Certamente sia Kelsen che Bobbio ammettono che la costituzione può vincolare il contenuto delle leggi e, in generale, che le norme superiori possono condizionare non solo le forme ma anche i contenuti delle norme inferiori. Ma l'identificazione della validità con l'esistenza ha come

61 *Ivi*, pp. 35-38

inevitabile conseguenza una concezione in ultima analisi solamente formale della validità, cioè altrettanto formale quanto quella dell'esistenza. Kelsen difende fermamente questa identificazione con un argomento ideologico e con una sorta di preoccupazione metafisica: la "contraddizione in termini", da cui "sarebbe annullata l'unità del sistema", espressa dall'idea stessa di "un diritto antiggiuridico" ovvero di una norma invalida. Che invece è proprio la grande novità – la virtuale esistenza del *diritto illegittimo* – nella quale risiede il maggior pregio, oltre che è ben più che un vizio introdotto nei nostri ordinamenti dal paradigma costituzionale. In realtà la vera ragione dell'identificazione risiede, a me pare, nella mancata scomposizione, da parte di Kelsen, della nozione di validità sulla base dei suoi diversi riferimenti empirici: da un lato la *forma* dell'atto normativo, con riferimento al quale è predicabile il *vigore* della norma, ossia la sua mera *esistenza* in un dato ordinamento; dall'altro il suo *significato*, cioè la coerenza o l'incoerenza della norma prodotta con le norme sostanziali ad essa sopraordinate, con riferimento al quale sono invece predicabili la sua *validità* o la sua *invalidità sostanziali*. Di qui la mancata distinzione tra esistenza e validità, a causa della quale Kelsen non è in grado di concepire l'esistenza di una norma invalida, tanto meno per ragioni di contenuto, né di distinguere tra requisiti e vizi di forma, che si riferiscono all'atto normativo, e requisiti e vizi di sostanza che si riferiscono invece alla norma da esso prodotta. E poiché sia l'esistenza che l'inesistenza di una norma dipendono chiaramente *soltanto* da requisiti di forma dell'atto normativo, la concezione kelseniana non solo dell'esistenza ma anche della validità risulta una concezione puramente formale, inevitabilmente legata soltanto all'esistenza dell'atto e non anche al suo significato: "quel che è stato fatto", scrive Kelsen, "non può essere trattato come se non fosse stato fatto". Di qui le contraddizioni irrisolte perché non solubili. La supposta "contraddizione in termini" cui darebbe luogo l'esistenza di una norma invalida viene infatti risolta da Kelsen talora con la tesi della validità e talora con la tesi dell'inesistenza delle leggi incostituzionali per ragioni di contenuto: cioè con due tesi entrambe ammesse dalla sua concezione della validità come esistenza ma palesemente contraddittorie. Non

solo: oltre che tra loro contraddittorie queste due tesi sono entrambe false. I vizi di sostanza, infatti, non comportano né la validità né l'inesistenza, bensì *l'esistenza di una norma invalida*, cioè precisamente la figura contestata da Kelsen come contraddizione in termini.

Un discorso analogo può farsi per Norberto Bobbio. Bobbio, al pari di Kelsen, ammette una dimensione materiale della validità. Tuttavia l'identificazione ripresa da Kelsen tra validità ed esistenza impedisce anche a lui di parlare di "invalidità materiale" o " sostanziale" e di "invalidità costituzionale" delle leggi. E lo stesso giudizio di validità materiale sulle norme non è da lui inteso come giudizio critico o valutativo, ma al contrario contrapposto, come giudizio assertivo, ai giudizi di valore in termini di giustizia. Probabilmente per Bobbio, la concezione semplificata della realtà del diritto risultante dall'identificazione kelseniana della validità delle norme con la loro esistenza è determinata dalla (più che determinante della) sua tesi metateorica dell'avalutatività della scienza giuridica: una tesi, insostenibile nelle attuali democrazie costituzionali contrassegnate dalla divaricazione tra validità ed esistenza. Ma è precisamente questa tesi che Bobbio ha sempre fermamente difeso come presupposto della sua ben nota caratterizzazione del positivismo giuridico, in opposizione al giusnaturalismo, come approccio allo studio del solo diritto "come fatto" o "qual'è", che giustamente esclude dall'universo della scienza del diritto "come valore" o "quale deve essere" moralmente e politicamente, ma che ignora indebitamente il diritto "quale deve essere" *giuridicamente e costituzionalmente* e che pure fa parte del "diritto qual'è". ed è chiaro che questa tesi dell'avalutatività dell'approccio allo studio del diritto è incompatibile con quella della virtuale esistenza di norme costituzionalmente invalide e del conseguente ruolo critico che ne verrebbe assegnato alla scienza giuridica.

Insomma , sia Kelsen che Bobbio – nella loro giusta polemica con il giusnaturalismo, diretta a distinguere il diritto positivo come “fatto” dal suo dover essere etico-politico come “valore” – sono accomunati da una concezione unidimensionale della validità come “essere”, anziché come “dover essere giuridico”

del diritto, non distinta dall'esistenza, a sua volta necessariamente determinata dalle sole forme della produzione giuridica»⁶².

2.2 Il costituzionalismo garantista

Per meglio comprendere la genesi e l'evoluzione del garantismo, termine di fondamentale importanza nella teoria di Ferrajoli, ci faremo aiutare da Diego Ippolito, suo stretto collaboratore, che così scrive in un suo saggio su “Garantismo e libertà”: «La parola “garantismo” – oggi d'uso corrente nelle principali lingue neolatine – è un neologismo del XIX secolo, originariamente invalso nel lessico politico francese, con un significato molto distante da quello attualmente prevalente. Il *Dictionnaire de la langue française* di Émile Littré (edito in quattro tomi da Hachette tra il 1873 e il 1874) ne dà la seguente definizione: “Dans le langage de l'école fourieriste ou sociétaire, système defeodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l'association définitive”. Il lettore che, insoddisfatto per la laconica oscurità dell'informazione, scegliesse di rivolgersi ad altra fonte lessicografica, rischierebbe di rimanere deluso: il più risalente *Dictionnaire nationale* di Louis-Nicolas Bescherelle e il posteriore *Dictionnaire classique* di Henri Bescherelle non contemplano neppure l'entrata. Omissioni significative: evidentemente, il termine *garantisme*, nella Francia del secondo Ottocento, non si è ancora affermato nel linguaggio comune.

In effetti, come attesta Littré, si tratta di una parola “di scuola”, creata e codificata nel suo uso semantico in un ambito filosofico-politico determinato: il filone di pensiero inaugurato da Charles Fourier (1772-1837) e alimentato dai suoi poco noti discepoli. Collocato (e screditato) da Marx ed Engels nel novero degli immaginifici profeti del socialismo utopistico⁶³, Fourier conia e impiega il termine *garantisme* per designare uno stadio dell'evoluzione civile prodromico alla

62 *Ivi*, pp. 39-44

63 Cfr. K. Marx-F. Engels, *Manifesto del partito comunista* (1848), Roma-Bari, Laterza, 1964, cap. III, p. 124

realizzazione dell'ideale supremo di una perfetta e armonica società comunitaria. Obiettivo intermedio e transitorio del suo progetto politico – sinteticamente illustrato nell'opera *Le nouveau monde industriel et sociétaire* del 1829 –, il garantismo è inteso da Fourier come un sistema di sicurezza sociale che mira a salvaguardare i soggetti più deboli, fornendo loro le garanzie dei diritti vitali (a partire da quelli connessi alla sussistenza), attraverso un piano di riforme riguardante tanto la sfera pubblica quanto i rapporti privati [...].

Diverso (e del tutto indipendente dalla lezione di Fourier) è il significato con cui il termine “garantismo” è entrato in uso nella lingua italiana. Stabilire quando (e ad opera di chi) non è facile. Nel monumentale *Dizionario* di Tommaseo e Bellini, apparso in otto tomi tra il 1861 e il 1879, da “garantire” si passa a “garanza”. Del lemma non c'è traccia neppure nei vocabolari italiani dei primi decenni del Novecento. Tuttavia, come sappiamo grazie a Perfecto Andrés Ibañez⁶⁴, già nel 1925 Guido De Ruggiero, nella sua magistrale *Storia del liberalismo in Europa*, parla del “così detto *garantismo*”: espressione che di per sé implica precedenti occorrenze della parola. In attesa di scoprirle, possiamo prendere in considerazione questo primo impiego censito da Andrés Ibañez, notando che De Ruggiero intende per garantismo la concezione “della libertà politica [...] come libertà dell'individuo dallo Stato e di fronte allo Stato”⁶⁵, ovvero la “concezione delle garanzie della libertà”⁶⁶ che comincia a prender forma con Montesquieu, intorno all'analisi della costituzione inglese e alla correlativa teorizzazione delle tecniche di limitazione dei poteri pubblici in vista della tutela degli individui. “La libertà, – scrive De Ruggiero – che gli astratti ragionatori ritraggono come diritto innato, si rivela invece alla osservazione sagace dipendente da molte circostanze”⁶⁷: è una delicata costruzione sociale che necessita di contrafforti giuridici e di equilibri istituzionali. L'esperienza costituzionale inglese, da

64 P. Andrés Ibañez, *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, in M. Carbonell e P. Salazar (a cura di), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, 59.

65 G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo in Europa* (1925), Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 63

66 *Ivi*, p. 57

67 *Ibid.*

questa prospettiva, diventa il paradigma dei “principi del garantismo”⁶⁸.

Come denominazione delle dottrine imperniate sulle garanzie costituzionali delle libertà fondamentali, il termine “garantismo” si radica nel linguaggio filosofico-giuridico italiano del secondo dopoguerra. Negli anni '60 Giovanni Sartori tenta addirittura di promuoverne l'adozione nel lessico del costituzionalismo inglese (senza successo, a quanto pare). Nella riflessione filosofico-storiografica di un altro illustre esponente della scienza politica italiana, Nicola Matteucci, il garantismo si configura come una componente essenziale del costituzionalismo moderno (antimaggioritario e individualistico). Sotto la voce *Costituzionalismo* del *Dizionario di politica* (1976) – da lui stesso curato insieme a Norberto Bobbio – Matteucci scrive: “Il garantismo, che ha il suo principale teorico in Benjamin Constant, accentua al massimo, in polemica con Rousseau e con l'interpretazione giacobina della volontà generale, l'esigenza di tutelare, sul piano costituzionale, i diritti fondamentali dell'individuo, e cioè la libertà personale, la libertà di stampa, la libertà religiosa e infine l'inviolabilità della proprietà privata”⁶⁹.

Ovviamente, una volta invalso nell'uso, il termine “garantismo” viene recepito nei principali vocabolari. Nel 1970 il *Grande Dizionario della Lingua Italiana* di Salvatore Battaglia gli attribuisce due significati strettamente congiunti. Garantismo è, in primo luogo, il “carattere proprio delle più evolute costituzioni democratico-liberali, consistente nel fatto che esse predispongono congegni giuridici sempre più sicuri ed efficienti (come il controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie) al fine di assicurare l'osservanza delle norme e dell'ordinamento da parte del potere politico (governo e parlamento)”. In secondo luogo, è la “dottrina politico-costituzionale che propugna una sempre più ampia elaborazione e introduzione nell'ordinamento di tali congegni”. Si potrebbe parafrasare: 1) garantismo come dimensione specifica del costituzionalismo rigido, 2) garantismo come teoria normativa del costituzionalismo rigido»⁷⁰.

68 *Ivi*, p. 65

69 N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio-N. Matteucci, *Dizionario di politica* (1976), Torino, Utet, 2004, p. 205

70 D. Ippolito, *op. cit.*, p. 149-152

La mutazione strutturale dello stato di diritto, nata dall'aver innestato la dimensione sostanziale nelle condizioni di validità delle leggi, all'interno del paradigma costituzionale, permette a Ferrajoli di descriverlo mediante quattro postulati: «Il primo postulato è il *principio di legalità*, in entrambe le accezioni – lata o formale o legale, stretta o sostanziale o costituzionale –. Nel vecchio paradigma legislativo il principio di legalità, cioè la soggezione al diritto di qualunque potere, era ancora un principio parzialmente inattuato. Era il prodotto della prima, elementare articolazione multilivello dell'ordinamento giuridico, realizzatasi con la distinzione tra la produzione legislativa del diritto e la sua applicazione giurisdizionale e amministrativa, la prima sopraordinata alla seconda ma a sua volta formalmente *legibus soluta*. Grazie al paradigma costituzionale il principio di legalità assume una nuova complessità, quale principio normativo e, insieme, quale principio logico. In base ad esso, dovunque ci sia un potere, sia esso pubblico o privato, esecutivo o giudiziario o legislativo, statale o extra- o sovrastatale, devono esserci norme primarie, non solo formali ma anche sostanziali, che ne regolino l'esercizio, sottoponendolo ai limiti e ai vincoli nei quali consistono le *garanzie primarie* correlative ai diritti e agli interessi costituzionalmente stabiliti, nonché alle separazioni tra poteri che ne impediscano confusioni o concentrazioni. Ma la gerarchia delle fonti equivale anche a una struttura logica, entro la quale il principio di legalità equivale al principio di non contraddizione, che preclude come *antinomia* l'incoerenza tra le prescrizioni prodotte dall'esercizio di qualunque potere, incluso il potere legislativo, e le norme ad esso sopraordinate⁷¹. Al principio di *mera legalità*, in forza del quale la legge è condizionante della validità di tutti gli atti prescrittivi ad essa subordinati, il costituzionalismo rigido aggiunge il *principio di stretta legalità*,

71 Merita di essere ricordato questo lucido passo di Norberto Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giapichelli, Torino, 1955, cap. VII, p. 153: “Un sistema giuridico, in quanto è fondato sul principio di legalità, non deve essere contraddittorio. Questo punto è stato illustrato soprattutto da Kelsen e dal García Máynez. Ma ciò significa che il principio di non contraddizione è una vera e propria regola giuridica, contenuta implicitamente in ogni ordinamento. E se prima ho mostrato che il principio di legalità ha in un sistema normativo la stessa funzione che il principio logico di non contraddizione ha in un sistema teoretico, ora mi rendo conto che il principio di non contraddizione funge nello stesso sistema normativo da regola giuridica. Il che si potrebbe anche dire, con formula sintetica, che in tutta la concezione legalistica della giustizia sono presenti, contemporaneamente, una tendenza alla logicizzazione del diritto e una tendenza verso la giustificazione della logica, o, in altre parole, un riconoscimento del valore logico del diritto e insieme del valore giuridico della logica”.

in forza del quale la legge è a sua volta condizionata, dipendendo la sua validità dalla conformità delle sue forme e dalla coerenza dei suoi contenuti con le norme costituzionali, formali e sostanziali, sulla sua produzione. Si tratta di un'innovazione strutturale rispetto al paradigma legislativo, a causa della specifica natura che differenzia la legge e le fonti ad essa equivalenti da tutti gli altri atti giuridici prescrittivi.

Il secondo postulato è il *principio di completezza deontica*, in forza del quale, dovunque ci siano diritti o interessi stabiliti da norme primarie, devono essere introdotti, quali loro *garanzie primarie*, i doveri corrispondenti, cioè il divieto di lederli e l'obbligo di tutelarli e soddisfarli, in capo a funzioni e a istituzioni di garanzia primarie, a loro volte separate da qualunque altro potere. Anche questo è un principio logico e insieme normativo. Esso enuncia, particolare, la normatività dei principi costituzionali e dei diritti da essi stabiliti, i quali consistono in aspettative positive o negative le quali implicano i correlativi obblighi e divieti e perciò richiedono, se presi sul serio, leggi di attuazione in assenza delle quali ricorrono *lacune* responsabili della loro ineffettività strutturale. Precisamente si richiedono leggi di attuazione per l'introduzione delle garanzie primarie di tutti i diritti sociali, delle tecniche di tutela di quelli che chiamerò 'beni fondamentali', nonché delle norme penali a garanzia dei diritti di libertà o immunità. Perfino il diritto alla vita, se l'omicidio non fosse proibito e punito dal codice penale, risulterebbe, in base al principio di legalità penale, privo di garanzie. Si tratta peraltro di un principio anch'esso tipicamente proprio al paradigma costituzionale, il quale comporta la possibile pur se indebita incompletezza dell'ordinamento, cioè la virtuale e illegittima esistenza di lacune strutturali. Non avrebbe senso, infatti, parlarne nel paradigma legislativo, dove la legge è la fonte suprema dell'ordinamento e non può quindi parlarsi di vincoli o obblighi di legiferare; così come non avrebbe senso parlare, in tale paradigma, del principio di stretta legalità quale principio giuridico, oltre che politico, e perciò di limiti o divieti di diritto positivo imposti alla legislazione.

Il terzo postulato è il *principio di giurisdizionalità*, il quale impone che

dovunque ci siano norme e garanzie primarie devono esserci, contro le loro possibili violazioni, anche norme secondarie, che predispongano l'intervento di garanzie secondarie o giurisdizionali ad opera di funzioni e di istituzioni di garanzia a loro volta secondarie, separate anch'esse da qualunque altro potere. Esso suppone, evidentemente, il principio di legalità: solo la predeterminazione legale dell'oggetto del giudizio vale infatti a fondare la giurisdizione sull'accertamento di ciò che dalla legge o dalla costituzione è prestabilito, secondo il principio, simmetrico e opposto a quello hobbesiano, *veritas, non auctoritas facit iudicium*. In base ad esso, pertanto, nel modello garantista i giudici sono non solo soggetti alla legge, ma anche soggetti *soltanto* alla legge. Si tratta di un principio essenziale alla tenuta dello stato di diritto, dato che le garanzie giurisdizionali secondarie o strumentali sono una condizione necessaria dell'effettività delle garanzie primarie o finali formulate sulla base dei principi di legalità e di completezza: senza il controllo giurisdizionale sulle violazioni del diritto, e in particolare sul diritto legittimo, lo stesso principio di legalità, sia lata che stretta, risulterebbe di fatto vanificato. Anche questo principio è stato allargato dal paradigma costituzionale, a causa dell'allargamento già illustrato del principio di stretta legalità. Al controllo giurisdizionale di legalità proprio del paradigma legislativo sugli atti regolati dalla legge si è aggiunto infatti il controllo giurisdizionale di costituzionalità sulla legge medesima. I giudici sono pur sempre sottoposti alla legge, ma solo alla legge ritenuta costituzionalmente valida, essendo essi tenuti a disapplicarla o ad eccepirne l'incostituzionalità di fronte ad appositi giudici costituzionali, ove la ritengano costituzionalmente invalida.

Infine, il quarto e ultimo postulato è il *principio di azionabilità*, in base al quale, dovunque ci sia una giurisdizione deve pur essere prevista, quale ulteriore *garanzia secondaria*, la sua attivazione da parte dei titolari dei diritti e degli interessi lesi e, in via complementare e sussidiaria, da parte di un organo pubblico in grado di supplire alla loro possibile inerzia o debolezza. Di fronte alla lesione di un diritto, in breve, deve pur esserci, per parafrasare una classica formula, non solo un giudice, ma anche un pubblico ministero a Berlino che garantisca comunque un meta-diritto,

strumentale alla garanzia di tutti gli altri diritti, che è il diritto di accesso alla giustizia. [...] Esso è connesso, oltre che al principio di giurisdizionalità, al principio di completezza quale è dettato dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Per i diritti patrimoniali, cui corrispondono immediatamente le garanzie primarie dei divieti e degli obblighi corrispondenti, bastava, nel vecchio paradigma legislativo, il tradizionale diritto d'azione previsto al loro tutela, ad esempio, dall'art. 24 della Costituzione italiana. Questo diritto individuale, tuttavia, non sempre è sufficiente ad assicurare la garanzia secondaria dei diritti fondamentali. Esistono certamente, in molti ordinamenti, vari altri tipi di accesso alla giustizia direttamente da parte dei cittadini, a garanzia dei loro diritti o di interessi collettivi: le azioni popolari di origine romanistica, oggi previste in Italia per talune questioni elettorali e amministrative di carattere locale; le azioni collettive o *class action*, di origine statunitense ma diffuse ora anche in Europa, promosse da uno o più soggetti con effetti *ultra partes* in ordine ai danni provocati a intere categorie di persone; i *recursos de amparo* a tutela dei diritti costituzionali del cittadino, presenti in tutta la tradizione iberico-americana. Ma si tratta, anche in questi casi, di azioni private, non sempre in grado di assicurare la giustiziabilità delle violazioni di diritti e di beni fondamentali costituzionalmente stabiliti. Di qui la necessità di assumere il principio di azionabilità come un principio generale del modello garantista, in grado di assicurare l'effettività degli altri tre principi – di giurisdizionalità, di legalità e di completezza – attraverso l'integrazione dell'azione privata con quella affidata a un organo pubblico»⁷².

Nel raffinato modello teorico costruito da Ferrajoli, il diritto positivo non è altra cosa da ciò che intendeva il classico formalismo giuspositivista. Esso consiste, infatti, nell'insieme delle disposizioni normative in vigore (comprese ovviamente le disposizioni costituzionali), identificate indipendentemente dalla loro validità sostanziale, la quale, diversamente dalla validità formale (dal vigore, appunto), può essere accertata soltanto attraverso un procedimento interpretativo (sia esso dottrinale

72 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, pp. 51-55

od operativo). Sicché del diritto positivo – delle disposizioni normative in vigore in un ordinamento – potrà distinguersi il diritto valido (anche sostanzialmente), dunque legittimo, dal diritto invalido (poiché incompatibile con le norme che disciplinano la sua produzione), e perciò illegittimo.

In sintesi, Ferrajoli intende:

1. per *diritto positivo*, l'insieme delle disposizioni normative (enunciati normativi) prodotte dai soggetti a ciò abilitati in conformità di norme formali che disciplinano la loro produzione;

2. per *diritto valido* (sia formalmente che sostanzialmente), l'insieme delle disposizioni normative (enunciati normativi) la cui forma è conforme a tutte le disposizioni che disciplinano il chi e il come (la forma appunto) della loro produzione, e dalla cui interpretazione possa risultare almeno un significato normativo (norma) coerente con tutte le norme che disciplinano il che cosa (il contenuto) della loro produzione;

3. per *diritto illegittimo*, infine, l'insieme dei vizi, predicabili di un ordinamento, consistenti nelle disposizioni che non ammettono alcun significato coerente con le norme che disciplinano la loro produzione (antinomie), e nelle “disposizioni” la cui indebita assenza nell'ordinamento comporta l'inattuazione delle disposizioni che disciplinano la loro produzione (lacune).

Questo profilo di illegittimità del diritto si comprende attraverso quella che mi pare sia la più rilevante tesi teorica del modello del costituzionalismo garantista, che si pone, sotto questo profilo, in evidente discontinuità con la scolastica positivista: la tesi, cioè, secondo la quale coerenza e completezza sono non già proprietà strutturali dell'ordinamento giuridico, bensì principi normativi che, come tali, possono essere (e di fatto sono) violati dal diritto medesimo, in forza della presenza di antinomie e di lacune nel sistema normativo.

Nel pensiero del nostro giurista, lacuna è «il vizio prodotto dall'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui

applicazione suppone l'introduzione della norma mancante»⁷³.

Coerenza e completezza – afferma Ferrajoli – sono *principia iuris tantum*, principi logici del discorso giuridico, normativi rispetto al proprio oggetto, il diritto, in forza del carattere nomodinamico dei sistemi giuridici moderni, fondati sul principio di legalità e articolati su più livelli, ciascuno dei quali normativo rispetto a quello inferiore. Seppure esterni al diritto, tali principi – di non contraddizione e di completezza – esplicano la strutturale normatività delle fonti gerarchicamente superiori rispetto alle fonti inferiori: delle costituzioni rispetto alle leggi, delle leggi rispetto ai regolamenti, etc. Sicché eventuali antinomie e lacune possono raffigurarsi come altrettanti vizi che affettano l'ordinamento giuridico, consistendo in violazioni di principi logici che, simili a direttive per il legislatore, imporrebbero un sistema normativo coerente e completo.

Per chiarire meglio la natura delle garanzie costituzionali chiediamo ora a Ferrajoli di approfondire il rapporto fra modello garantista e rigidità costituzionale: «Il modello garantista della democrazia costituzionale si caratterizza dunque essenzialmente come un sistema di limiti, di vincoli e controlli imposti a qualunque potere, a garanzia primaria e secondaria dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Di qui la centralità delle *garanzie*, equivalenti al lato attivo – gli obblighi o i divieti – della relazione di reciproca implicazione che le connette al lato passivo delle aspettative positive o negative nelle quali consistono tutti i diritti soggettivi, inclusi i diritti fondamentali. È dall'ottemperanza delle *garanzie costituzionali* – siano esse primarie, cioè consistenti negli obblighi e nei divieti immediatamente correlativi ai diritti stabiliti nelle costituzioni, oppure *secondarie*, cioè consistenti nella riparazione giudiziaria delle violazioni delle garanzie primarie – che dipende l'effettività dei diritti stabiliti, e perciò della democrazia costituzionale. Tali garanzie sono infatti poste a tutela di quella che ho chiamato la “sfera del non decidibile” disegnata dalle quattro classi di diritti – politici, civili, di libertà e sociali – nelle quali si articolano le quattro corrispondenti dimensioni della democrazia.

73 L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol.I, p. 686

Con l'espressione “garanzie costituzionali” si allude talora alla “rigidità” della costituzione, cioè alla non modificabilità dei principi, dei diritti e degli istituti da essa previsti, se non con procedure di revisione aggravate, e, inoltre, al controllo giurisdizionale di incostituzionalità sulle leggi ordinarie con essi in contrasto. Si tratta in realtà di una nozione complessa, che è opportuno scomporre in più nozioni distinte: da un lato la rigidità, che è un connotato intrinseco delle norme costituzionali; dall'altro l'insieme complesso delle sue garanzie, primarie e secondarie, che richiedono a loro volta di essere distinte e analizzate.

La *rigidità costituzionale* non è, propriamente, una garanzia. È bensì un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che, se non lo fossero, non sarebbero in realtà costituzioni ma equivarrebbero a leggi ordinarie. Essa si identifica, in breve, con il grado sopra-ordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento, cioè con la normatività delle prime rispetto alle seconde. È questo il senso della “naturale rigidità” delle costituzioni giustamente sostenuta da Alessandro Pace⁷⁴. Riferita alle norme costituzionali che stabiliscono quelle aspettative universali che sono i diritti fondamentali, la rigidità conferisce quindi a tali diritti una duplice normatività, dall'alto e dal basso: quali norme a tutte le altre sopraordinate, che dalle fonti subordinate non possono essere modificate, e quali aspettative negative o positive, in capo ai loro titolari, della loro non violazione e della loro attuazione. Non basta infatti, perché tali diritti siano garantiti, la loro positivizzazione, ma è necessaria anche la loro rigida costituzionalizzazione, in assenza della quale, ove la costituzione fosse flessibile, essi sarebbero derogabili dalla legge ordinaria.

Si capisce perciò come la questione delle rigidità – o meglio del grado di rigidità che è giustificato associare a una costituzione, e più precisamente ai diversi tipi di norme costituzionali – è assolutamente centrale nella teoria e, ancora prima, nella

⁷⁴ Secondo A. Pace, *La “naturale” rigidità delle costituzioni scritte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 4085 sgg., una costituzione non rigida ma flessibile, cioè derogabile dalla legge ordinaria, non è in realtà una costituzione

costruzione della democrazia costituzionale, identificandosi con quella del rapporto tra sovranità popolare e democrazia politica da un lato e diritti fondamentali dall'altro. Su di essa, fin dalle origini del costituzionalismo si contrappongono due tesi, l'una garantista, l'altra per così dire politico-democratica, sostenute entrambe sulla base del diverso senso e valore associati al potere costituente; la prima, sostenuta da Benjamin Constant, è la tesi dell'immodificabilità di almeno alcuni principi stabiliti dalla costituzione come fondamentali⁷⁵, non esistendo nessun potere costituito superiore al potere costituente, esauritosi perciò con il suo esercizio; la seconda risalente a Emmanuel-Joseph Sieyès, è la tesi della permanente modificabilità di qualunque principio costituzionale ad opera di un potere costituente concepito come costantemente in atto, quale espressione permanente della sovranità popolare e della democrazia politica⁷⁶

L'argomento principale portato a sostegno di questa seconda tesi è che un'eccessiva rigidità delle costituzioni varrebbe a limitare i poteri costituenti delle generazioni future e più in generale i principi della democrazia politica: a “legarne le mani”, secondo un'efficace formula corrente. È l'argomento del primato della volontà popolare espresso dall'art. 28 della Costituzione francese del 1793, secondo cui “ogni popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cambiare la sua costituzione” e “una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future”. Il costituzionalismo garantista ribalta questo argomento. Il principio del costante diritto di tutte le generazioni di decidere del loro futuro vale infatti, con paradosso apparente, a sostegno della tesi esattamente opposta a quella dell'esistenza di un permanente e radicale potere costituente come espressione della sovranità popolare: a sostegno, precisamente, della tesi che proprio la rigidità della costituzione è una garanzia essenziale della sovranità popolare della generazioni future e degli stessi poteri delle future maggioranze. In base ad esso, infatti, deve essere preclusa la

75 Cfr. B. Constant, *Réflexion sur les constitutions* (1814), in Id., *Cours de politique constitutionnelle*, Slatkine, Genève-Paris 1982, pp. 265 sgg., secondo cui non devono essere modificabili le norme sulla forma di governo e quelle sui diritti costituzionalmente stabiliti.

76 La tesi risale a Sieyès: “Una nazione non può né alienare né interdirti il diritto di volere; e, quale che sia la sua volontà, non può perdere il diritto di cambiarla quando il suo interesse lo esige” (E.J. Sieyès, *Che cosa è il terzo stato?* [1788], trad. di U. Cerroni, Editori Riuniti, Roma, 1992, capV, p. 59).

revisione quanto meno dei principi costituzionali supremi posti a salvaguardia futura della sovranità popolare e dei poteri di maggioranza: come il metodo democratico, i diritti politici e il suffragio universale, gli stessi diritti di libertà e i diritti sociali, che del consapevole esercizio dei diritti politici formano il presupposto elementare.

La rigidità, in altre parole, lega le mani delle generazioni volta a volta presenti per impedire che siano da queste amputate le mani delle generazioni future»⁷⁷.

A questo punto si può facilmente comprendere come le garanzie costituzionali abbiano come loro natura quella di essere le garanzie della rigidità e quindi sono le regole per assicurare l'effettività della costituzione. Ferrajoli le distingue in primarie, negative cioè di divieto di violare, e positive cioè di obbligo di attuare le norme costituzionali e i diritti da esse stabiliti.

2.3 Libertà e proprietà

Il rapporto tra libertà e proprietà è in qualche modo il *leit motiv* che il nostro giurista si porta dietro dagli anni 70, l'analisi teorica di questi due concetti e del rapporto che tra essi intercorre è presente in tutte le principali opere di Ferrajoli: dalla giovanile *Teoria assiomatica del diritto*, a quel grande capolavoro che è *Diritto e ragione* fino a *Principia iuris*. Si tratta dunque di un tema centrale nella sua filosofia e ineludibile per chi voglia comprenderla in tutti i suoi risvolti.

Quel che il filosofo contesta – ed ha sempre vigorosamente contestato – è l'assimilazione concettuale di libertà e proprietà. Causa di questa confusione è la figura moderna del diritto soggettivo «nella quale sono confluite, senza mai amalgamarsi unitariamente, due tradizioni culturali completamente eterogenee, l'una filosofica e l'altra giuridica: da un lato le dottrine giusnaturalistiche e contrattualistiche dei diritti naturali dei secoli XVII e XVIII che formeranno la base del costituzionalismo moderno, e della teoria dei diritti fondamentali e dello stato costituzionale di diritto; dall'altro la vecchia tradizione romanistico-civilistica del

⁷⁷ L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, pp. 56-59

diritto di proprietà e degli altri diritti patrimoniali rielaborata dalla scienza giuridica ottocentesca»⁷⁸. Il modello (nonché il più solido punto d'appoggio dottrinale) dell'ideologia liberal-borghese dell'«individualismo possessivo»⁷⁹ è rappresentato, com'è noto, dalla filosofia politica di John Locke. Riguardo la prima tradizione, scrive Ferrajoli «Contrariamente alla loro configurazione corrente come “libertà” - risalente all'associazione, in un'unica categoria, della proprietà, dei diritti di autonomia e dei diritti di libertà operata da John Locke – questi diritti di auto determinazione giuridica sono poteri, oltre che diritti fondamentali, dato che il loro esercizio consiste, diversamente da quello dei diritti di libertà, in atti precettivi produttivi di effetti normativi anche nella sfera giuridica altrui. Non si tratta infatti di diritti che non comportano nessun esercizio, come la libertà di coscienza o l' habeas corpus consistente in mere immunità, e neppure di diritti il cui esercizio, come quello dei diritti di libertà consistenti in semplici facoltà, non produce nessun effetto giuridico, bensì diritti-potere esercitati da atti che interferiscono, a causa degli effetti obbligatori da essi prodotti, con le libertà di altri. Da qui la necessità che essi siano sottoposti al diritto, cioè a regole che limitino i poteri altrimenti selvaggi dei mercati»⁸⁰.

Scrivendo ancora Ferrajoli «La prima operazione, risale a John Locke, il quale identifica ripetutamente nella vita, nella salute, nella libertà e nella proprietà i beni tutelati dalla legge di natura alla cui conservazione è finalizzato lo stato»⁸¹. La prima mossa in questa direzione è l'identificazione del primo e più immediato oggetto della proprietà con la propria persona: “sebbene la terra e tutte le creature inferiori siano comuni a tutti gli uomini”, scrive Locke, “pure ognuno a la proprietà della propria

78 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.169-170

79 C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possesive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1962

80 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, pp. 46-47

81 J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690), Utet, Torino, 1968, § 6, p. 242, ove vengono accomunati dalla «legge di natura» i diritti a non essere danneggiati «nella vita, nella salute, nella libertà o nei possessi» ovvero «la vita o quanto contribuisce alla conservazione della vita, come la libertà, la salute, le membra del corpo o i beni»; Id., J. Locke, *Lettera sulla tolleranza* (1685), in *Scritti sulla tolleranza*, a cura D. Marconi, Utet, Torino, 1997, p.135: «Lo Stato è una società di uomini stabilita unicamente per conservare e promuovere i beni civili, e beni civili io chiamo la vita, la libertà, l'integrità fisica e l'assenza di dolore, la proprietà di oggetti esterni, come terre, denaro, mobili ecc».

persona, alla quale ha diritto nessun altro che lui”⁸². In questo senso la proprietà è chiaramente tutt'uno con la libertà e ancor prima con l'identità personale»⁸³. Nella fiorente Inghilterra del tardo Seicento, l'autore dei *Two Treatises of Government* giustificò l'appropriazione privata sulla base della proprietà che ciascuno ha della propria persona. Padrone esclusivo del proprio corpo, l'individuo diventa padrone esclusivo delle cose create o trasformate attraverso l'azione del proprio corpo. Incorporando una parte di sé nelle cose esterne – ovvero incorporandovi il proprio lavoro – egli rende le cose esterne parte di sé. Così il diritto reale di proprietà è dedotto immediatamente dalla natura dell'uomo: da quella naturale proprietà della persona su se medesima, consistente nell'immunità da soggezioni coatte all'altrui arbitrio e nella facoltà di agire secondo la propria volontà; consistente, cioè, nella libertà. Questa è la seconda mossa di Locke che, applicando alla persona il linguaggio proprietario, «è la derivazione, dalla proprietà di se medesimi, della proprietà sulle cose: se ciascuno è proprietario del proprio corpo, allora lo è anche sulle sue azioni, cioè del suo lavoro, e quindi dei frutti del suo lavoro»⁸⁴. A questo proposito scrive Locke: «Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, e cioè unito qualcosa che gli è proprio, e ciò lo rende proprietà sua [...] Infatti, poiché questo lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro che lui può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso, almeno quando siano lasciate in comune per gli altri cose sufficienti e altrettanto buone»⁸⁵. Conclude Ferrajoli «È così che l'idea della propria persona come proprietà vale a fondare la centralità della proprietà nel liberalismo lockiano e la sua intera dottrina dell'identità, della libertà e degli altri diritti naturali come altrettante forme di proprietà. Non si tratta di beni distinti o distinguibili: “vita, libertà, averi sono cose ch'io denomino, con termine generale, proprietà”⁸⁶»⁸⁷.

82 J. Locke, *Due trattati*, cit., cap V, §27, p. 260

83 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.170

84 *Ivi*, p. 171

85 J. Locke, *Due trattati*, cit., cap V, §27, p. 260

86 *Ivi*, cap. IX, 123, p.339

87 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.171

La seconda tradizione di carattere istituzionale, consiste nell'aver introdotto nelle costituzioni i diritti naturali. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, all'art. 2 recita: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression»; e all' art. 17: «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'un juste et préalable indemnité». Sottolinea Ferrajoli «E tredici anni prima la Dichiarazione dei diritti della Virginia aveva affermato, nel suo primo articolo: “Tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati [...], cioè il godimento della vita, della libertà, mediante il l'acquisizione ed il possesso della proprietà, e il perseguire ed ottenere felicità e sicurezza”. L'associazione tra proprietà e libertà riceve così una consacrazione costituzionale, tanto più potente in quanto i due diritti, benché stabiliti dalle due Dichiarazioni, vengono entrambi qualificati come “naturali” o “innati”. Infine l'operazione viene completata e consolidata dalla dottrina giuridica tedesca e italiana, dalla quale i diritti di libertà vengono caratterizzati come “diritti pubblici soggettivi”, “effetti riflessi” del diritto sovrano dello Stato e insieme sussunti entro la categoria generale del diritto soggettivo, modellato a sua volta sullo schema privatistico e romanistico del vecchio diritto di proprietà quale “potestà del volere⁸⁸»⁸⁹.

Il successo di questa legittimazione della proprietà quale proiezione della personalità del soggetto e il successo della parallela operazione di appropriazione ideologica del valore della libertà nel *pantheon* della borghesia possono essere misurati guardando all'effetto da essi prodotto nella *weltanschauung* degli avversari dell'ordine capitalistico. A partire dall'Ottocento, infatti, la contestazione della proprietà privata

88 Cfr. K.F. Gerber, *Diritti pubblici* (1852) e *lineamenti di diritto pubblico tedesco* (1865), in Id., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971 pp.66-67, 104-108 e 130-133. Georg Jellinek, a sua volta, identifica il fondamento di tali diritti in un' «auto-limitazione» dello stato (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (1892), Società Editrice libraria, Milano, 1912, pp.215 ss.); tesi ripresa dal nostro Santi Romano che parlerà di «auto-limitazione» dello Stato, in *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, I, pp.159-163

89 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, pp.171-172

finisce per accompagnarsi allo screditamento della libertà individuale. Da questo punto di vista, come giustamente nota Ferrajoli, il marxismo si rivela culturalmente subalterno all'ideologia borghese⁹⁰: anziché mettere in discussione il dogma del rapporto organico tra libertà e proprietà, lo accoglie come verità, limitandosi ad associare ad esso un opposto segno di valore. Se gli apologeti del capitalismo celebrano la libertà e la proprietà come «diritti dell'uomo», i marxisti squalificano l'una e l'altra come «diritti borghesi».

In entrambi i casi, dunque, abbiamo una congiunzione di queste due figure: una congiunzione ideologica che ne occulta l'eterogeneità e la distanza fenomenologica. Ferrajoli rifiuta questa mistificazione, ponendo un'esigenza di distinzione e chiarificazione concettuale, dalla forte valenza politica. In questa direzione, la sua critica si appunta su un ulteriore bersaglio: la nozione teorica e dogmatica di «diritto soggettivo» elaborata dalla scienza giuridica paleo-positivistica. Comprendendo sotto questa categoria unitaria tanto la proprietà quanto la libertà, i giuristi del tardo Ottocento e del primo Novecento, anziché tematizzarne le differenze, si impegnarono a ricercarne il comune denominatore. Così, la commistione di libertà e proprietà, prodotta dall'ideologia dei «diritti naturali» e riprodotta nella polemica contro i «diritti borghesi», finì con l'essere avallata, sul piano scientifico, dalla dottrina giuridica dei «diritti soggettivi».

Proseguendo, Ferrajoli, spezza il binomio libertà-proprietà in base a una duplice distinzione: la prima relativa alla tipologia dei diritti soggettivi è quella tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali⁹¹, la seconda relativa alla tipologia dei diritti fondamentali è quella tra diritti primari, consistenti solo in aspettative e facoltà, e diritti secondari, consistenti anche in poteri⁹². In quanto diritto reale di un soggetto su un oggetto, la proprietà è un diritto patrimoniale: un diritto strutturalmente diverso dai diritti di libertà, che sono invece diritti fondamentali. In cosa consiste la differenza di struttura tra questi due tipi di diritto soggettivo? Ferrajoli ci fa osservare

90 L.Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pref. di N. Bobbio, Bari, Laterza., 1989, p. 951

91 L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza. 2007, pp. 759-767

92 *Ivi*, pp. 731-737

che mentre i diritti fondamentali sono conferiti immediatamente da regole generali e astratte, i diritti patrimoniali vengono acquisiti attraverso atti singolari. I primi coincidono con le norme da cui sono posti, i secondi sono solo pre-disposti dalle norme che disciplinano i negozi giuridici da cui essi derivano. Detto altrimenti, in termini rigorosamente ferrajoliani, i diritti fondamentali sono norme tetiche, i diritti patrimoniali sono invece previsti da norme ipotetiche quali effetti degli atti da esse regolati⁹³. Colta questa prima, radicale, differenza, è facile scorgerne altre due. In quanto posti da regole generali e astratte, i diritti fondamentali sono universali: ne sono titolari, cioè, tutti i soggetti ai quali quelle norme li attribuiscono. I diritti patrimoniali, invece, sono diritti singolari, così come gli atti negoziali che li pongono in essere. Inoltre, mentre i diritti fondamentali, in forza del loro carattere eteronomo, sono indisponibili, i diritti patrimoniali, effetti di negozi tra privati, sono per loro natura, negoziabili.

Sentiamo cosa ci dice l'autore: «La prima, macroscopica distinzione che non possiamo ignorare è quella tra *diritti fondamentali e diritti patrimoniali*, inclusi tra i primi diritti di libertà e tra i secondi i diritti reali di proprietà. Si tratta di una distinzione che si fonda su almeno tre differenze strutturali, tra loro connesse, che fanno, delle due classi di diritti, due figure non solo diverse ma opposte.

La prima differenza investe la forma logica delle due classi di diritti. I diritti fondamentali – dal diritto alla vita ai diritti di libertà, ai diritti politici, ai diritti civili e ai diritti sociali – sono diritti di forma universale, nel senso che sono conferiti a tutti, in eguale forma e misura, sulla base della semplice identità di ciascuno come persona e/o come cittadino e/o come capace d'agire: universali, quindi nel senso logico della quantificazione universale dei loro titolari, e non certo nel senso corrente, smentito dal multiculturalismo, della loro condivisione universale, ossia da parte di tutti. Al contrario, i diritti patrimoniali – come la proprietà privata, gli altri diritti reali e i diritti di credito - sono diritti singolari, spettanti a ciascuno con esclusione di tutti gli

93 In *Principia iuris*, sono chiamate «tetiche» le norme che dispongono modalità, o aspettative positive o negative, o status; «ipotetiche» le norme che pre-dispongono modalità, o aspettative positive o negative, o status, come effetti degli atti giuridici che ne sono causa (cfr. ivi: 233-236 e 419-422).

altri: singolari, a loro volta, nel senso logico della quantificazione esistenziale dei loro titolari. Tutti siamo parimenti e in egual misura titolari delle medesime libertà fondamentali e dei medesimi diritti politici e sociali. Ciascuno, invece, è titolare, a diverso titolo e in diversa misura, di differenti (diritti di) proprietà. Ne consegue che i diritti fondamentali sono il fondamento e al tempo stesso la forma dell'eguaglianza giuridica: cioè dell'*égalité en droits* (evidentemente *fondamentaux*) quale è proclamata dal primo articolo della Dichiarazione del 1789. I secondi, viceversa, sono la base e insieme la forma della disuguaglianza giuridica. Siamo tutti giuridicamente uguali nei diritti di libertà, come nei diritti civili, nei diritti politici e nei diritti di proprietà e negli altri diritti patrimoniali, essendo ciascuno titolare della proprietà di beni diversi con esclusione degli altri.

La seconda differenza strutturale è un corollario della prima. I diritti fondamentali, a cominciare dalle libertà fondamentali, sono indisponibili. I diritti patrimoniali sono invece, per loro natura, disponibili, alienabili e negoziabili. Possiamo vendere le nostre proprietà, ma non anche le nostre libertà. Proprietà e crediti sono diritti sottoposti a vicende, cioè a trasferimenti e successioni, a scambi e transazioni. I diritti fondamentali, al contrario, restano in capo a ciascuno di noi, qualunque cosa facciamo o vogliamo. I primi si accumulano o si estinguono; i secondi restano sempre uguali a se stessi. Ne risulta confermato il carattere disegualitario dei primi ed egualitario dei secondi. Possiamo diventare e diventiamo in effetti quotidianamente più ricchi o più poveri sulla base dell'esercizio dei nostri diritti patrimoniali e proprietari, che da tale esercizio sono costituiti o modificati o estinti. Viceversa l'esercizio delle libertà fondamentali non incide sulla loro titolarità, sulla loro quantità e sulla loro qualità, le quali restano immutate. Diversamente dagli altri diritti, inoltre, i diritti fondamentali, proprio perché inalienabili e inviolabili, impongono limiti e vincoli così alla politica come al mercato: nel senso che consistono in aspettative e interessi sottratti agli operatori economici e alle forze politiche di maggioranza, gli uni e le altre imputati di doveri – cioè di divieti o di obblighi – nei confronti di quanti ne sono titolari. Allorché si vuol garantire un

bisogno o un interesse come fondamentale, lo si sottrae sia al mercato che alle decisioni di maggioranza, stipulandolo – come una sorta di contro-potere in capo a tutti e a ciascuno – come diritto fondamentale. Nessun contratto può disporre della vita. Nessuna maggioranza può disporre delle libertà e degli altri diritti fondamentali costituzionalmente pattuiti.

La terza differenza strutturale è a sua volta connessa alle altre due, delle quali forma il presupposto logico. Essa investe il titolo o se si preferisce la fonte delle due classi di diritti. I diritti fondamentali, a cominciare dalle libertà, sono disposti e conferiti immediatamente da norme, cioè da regole generali ed astratte. I diritti patrimoniali, a cominciare dalla proprietà, sono al contrario pre-disposti da norme come effetti degli atti singolari, di solito negoziali, con cui vengono acquisiti. Di più, i primi sono essi stessi norme, nel senso che esprimono il significato delle norme che li enunciano: la (mia, o la tua, o la nostra) libertà di manifestazione del pensiero. I secondi, al contrario, sono solo ipoteticamente predisposti, dalle norme che ne parlano quali effetti degli atti che li dispongono, che ne formano il titolo contingente e dei quali sono di volta in volta il significato o il contenuto prescrittivo. Per questo i diritti fondamentali sono universali: perché ripetono la loro universalità dalla forma universale delle norme che li enunciano. Per questo essi sono indisponibili: se potessi disporre della mia libertà personale o del mio diritto di negoziare, questi diritti cesserebbero di essere fondamentali, si tramuterebbero in patrimoniali e, nel libero gioco del mercato, scomparirebbero come diritti provocando il collasso dello stesso mercato. Per questo, aggiungo, le norme sui diritti fondamentali – al di là della rigidità delle costituzioni da cui sono stabiliti – non sono, in via di principio, modificabili dalle maggioranze: perché di quelle norme costituzionali, che altro non sono che i diritti di tutti e di ciascuno, siamo tutti titolari, e nessuna maggioranza può disporre di ciò che non le appartiene dato che consiste in quella somma di poteri e di contropoteri, in capo a tutti e a ciascuno, che chiamiamo sovranità popolare»⁹⁴.

L'analisi di queste tre differenze strutturali permette a Ferrajoli di riconoscere

94 L. Ferrajoli, *op.cit.*, 2015, pp. 173-175

nei diritti fondamentali la base dell'uguaglianza giuridica e nei diritti patrimoniali la base della disuguaglianza, non solo giuridica. Mentre siamo giuridicamente uguali nelle libertà, stabilite da norme tetiche quali diritti fondamentali; siamo disuguali nei diritti singolari e disponibili che ciascuno ha, ad esclusione di tutti gli altri, sui beni che gli appartengono.

Ora, se la nozione giuridica di proprietà fosse interamente comprensibile nella categoria dei diritti patrimoniali, basterebbero i caratteri distintivi messi in luce da questa tipologia a fare giustizia di ogni sua assimilazione alla nozione di libertà come diritto soggettivo. L'analisi di Ferrajoli, tuttavia, scava più a fondo e ci svela che l'opposizione diritti fondamentali/diritti patrimoniali non è sufficiente a disgiungere i concetti in esame sotto ogni profilo. La proprietà, infatti, è un diritto a due dimensioni. Più esattamente: i referenti dell'espressione 'diritto di proprietà' sono due situazioni giuridiche di tipo diverso. In alcuni casi, parliamo di proprietà come diritto per designare il dominio pieno ed esclusivo di un soggetto su una cosa. In altri casi, parliamo di diritto di proprietà come attitudine di ogni soggetto ad essere proprietario. Il diritto reale di proprietà è singolare, disponibile ed ha la sua fonte in un negozio giuridico. Il diritto di acquisire e gestire diritti reali di proprietà è un diritto di forma universale (in senso logico), conferito immediatamente da norme e quindi sottratto alla disponibilità di chi ne è titolare: possiamo alienare i nostri beni; non possiamo alienare il nostro diritto a poter essere proprietari di beni. Ci accorgiamo così che accanto, o meglio sopra, al diritto patrimoniale di proprietà esiste, negli ordinamenti giuridici che ammettono l'appropriazione privata, un diritto fondamentale di proprietà. Il nostro giurista procede nel suo ragionamento in questo modo: «Ci sono poi altre due essenziali distinzioni che occorre operare in tema di proprietà e libertà: la prima è tra il diritto di proprietà quale diritto di autodeterminazione in ordine ai propri beni – entro la cosiddetta libertà di iniziativa economica – e il diritto di proprietà su beni determinati; la seconda è tra il primo di questi due diritti e i diritti di libertà.

Questi tre concetti sono stati accomunati nella figura dei *diritti civili* ad opera

di una classica tipologia dei diritti fondamentali, tanto fortunata quanto fuorviante, che conviene ora analizzare: la distinzione, formulata da Thomas Marshall nel suo classico saggio *Citizenship and social class* del 1950, tra diritti civili, diritti politici e diritti sociali, tutti da lui denominati *diritti di cittadinanza*. Nell'uso di Marshall – come del resto degli stessi giuristi, mai impegnatisi seriamente in una sua definizione teorica – questa figura dei diritti civili è una categoria spuria, con cui vengono cumulativamente designati «le libertà personali, di parola, di pensiero e di fede, il diritto di possedere cose in proprietà e di stipulare contratti validi e il diritto a ottenere giustizia»⁹⁵. Dunque, tre classi di diritti di struttura del tutto diversa: *a*) i diritti di libertà, dalla libertà personale alla libertà di parola, di pensiero e di fede; *b*) i diritti reali sulle proprie proprietà; *c*) i diritti di autonomia di disporre di tali proprietà, cioè di concludere contratti, e di agire in giudizio.

La sola cosa che questi tre tipi di diritti hanno in comune è che nessuno di essi, benché tutti chiamati *diritti civili*, è un *diritto di cittadinanza*. Sono tutti, infatti, diritti della persona spettanti, secondo quasi tutti i codici e le costituzioni moderne, anche ai non cittadini. La loro unificazione nell'unica categoria dei diritti civili, tutti definiti e declinati in termini di *libertà*, risale al codice civile di Napoleone, che introdusse l'espressione includendovi tutti i diritti non politici ma precisando espressamente che essi spettano anche agli stranieri: «l'exercice des droits civils», proclamò l'articolo 7 del *cod civil* di Napoleone «est indépendant de la qualité de citoyen». Al di là di questo connotato negativo, i tre tipi di diritti presentano strutture profondamente diverse e sotto più aspetti opposte. Ho già illustrato le differenze tra diritti di libertà quali diritti fondamentali e diritto reale di proprietà quale diritto patrimoniale. Restano da analizzare gli altri due slittamenti semantici: la confusione tra i diritti di autonomia, cioè di disporre dei diritti reali di proprietà, e quella tra i diritti di autonomia e i diritti di libertà. Il primo di questi slittamenti è reso possibile dall'uso equivoco e ambivalente del termine 'proprietà'. Quando si parla di proprietà si intende comunemente – nei passi qui ricordati di Marshall e prima ancora di Locke (che parla

⁹⁵ T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1950), in Id., *Class, Citizenship and Social Development*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1963, p.78

indistintamente di "proprietà", di "beni" e di "averi"), di Kant (che parla del "mio esterno" come "determinazione pratica dell'arbitrio secondo le leggi della *libertà*"), nonché nel lessico di molte carte costituzionali – sia il *diritto di godere e disporre di beni di proprietà* su questo o su quel bene. È la stessa confusione già analizzata in via generale tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali. Il diritto di divenire proprietario e di disporre dei beni di propria proprietà, essendo un diritto universale nel senso logico più sopra chiarito, è un diritto fondamentale non meno dei diritti di libertà, appartenente a quella sottoclasse di diritti fondamentali consistenti in *potestates agendi* – come la potestà imprenditoriale, il diritto di agire in giudizio, la libertà di scegliere e cambiare lavoro o di stipulare contratti o testamenti – cui ben possiamo riservare l'espressione 'diritti civili' o 'di autonomia privata'. Al contrario, i diritti reali di proprietà su beni determinati, essendo diritti singolari nel senso parimenti logico che appartengono a ciascuno in forma esclusiva, sono diritti patrimoniali. Conseguentemente, mentre i diritti (civili) di proprietà nel primo senso sono per loro natura indisponibili, i diritti (reali) di proprietà nel secondo senso sono per loro natura disponibili. E questo perché i diritti del primo tipo, come tutti i diritti fondamentali, hanno titolo immediatamente in norme (quelle del codice civile costitutive della capacità d'agire), mentre i diritti del secondo tipo hanno titolo in atti singolari (come i negozi privati) essendo predisposti come loro effetti dalle norme che li prevedono. Ne consegue che i primi sono, in quanto universali e fondamentali, alla base dell'uguaglianza, mentre i secondi sono, in quanto singolari e patrimoniali, alla base della disuguaglianza giuridica. Tutti siamo virtualmente proprietari, nel senso che siamo capaci, se in età maggiore, di acquisire proprietà e di disporre autonomamente. Ma ciascuno è concretamente proprietario soltanto, e in misura esclusiva, di determinati beni»⁹⁶.

Si potrebbe pensare, a questo punto, che l'omologazione di libertà e proprietà, radicalmente contestata dall'analisi teorica della dicotomia diritti fondamentali/diritti patrimoniali, risulti ora parzialmente confermata dalla collocazione del diritto di

96 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, pp.175-177

acquisizione e disposizione dei beni di proprietà nella classe dei diritti fondamentali cui appartengono i diritti di libertà. Ferrajoli, però, ci avverte subito che esiste una macroscopica differenza strutturale tra il diritto fondamentale di proprietà e i diritti di libertà. Mentre i diritti di libertà sono o mere immunità, come ad esempio il diritto alla riservatezza, o immunità associate a facoltà, come ad esempio la libertà di religione, il diritto fondamentale di proprietà consiste, oltre che in un'immunità-facoltà, in un potere: tale diritto è infatti esercitato attraverso atti produttivi di effetti giuridici. Il carattere potestativo di questo diritto vale a distinguerlo, entro la classe dei diritti fondamentali, tanto dai diritti di libertà quanto dai diritti sociali, denominati da Ferrajoli diritti primari, o sostanziali, e ad accostarlo agli altri diritti-potere di autonomia privata, come il diritto di agire in giudizio, e di autonomia politica, come il diritto di voto, che da Ferrajoli sono denominati diritti secondari, o strumentali⁹⁷. Così conclude Ferrajoli: «C'è infine la terza distinzione, ancor più importante ai fini della teoria dello stato di diritto, ma comunemente occultata dall'altro slittamento semantico che lo ha sopra segnalato. È la distinzione, entro la classe de diritti fondamentali, tra i *diritti di autonomia* più sopra identificati – non solo il diritto di acquisire e disporre dei propri beni, ma più in generale tutti i diritti civili connessi all'autonomia privata, dall'autonomia contrattuale alla libertà di impresa e al diritto di agire in giudizio – e i *diritti di libertà*, cioè le libertà fondamentali come la libertà personale, la libertà di pensiero e di stampa e le libertà di riunione e di associazione.

L'elemento strutturale che differenzia i diritti di autonomia dai diritti di libertà, gli uni e gli altri universali e perciò fondamentali, è il potere. Questo elemento è stato oscurato da un'altra distinzione, importante e tuttavia diversa, con la quale quella tra (diritti di) libertà e (diritti di) autonomia è stata spesso confusa: la distinzione tra "libertà negative" e "libertà positive", consistenti le une nell'immunità da interferenze, o costrizioni o divieti altrui, e le altre nell'autodeterminazione, ossia nella soggezione di ciascuno, secondo la nota formula rousseauviana, alle sole norme che egli dà a se medesimo⁹⁸. Ciò che infatti caratterizza i diritti civili di autonomia privata è non tanto

97 L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 742-752

98 È la classica distinzione formulata da I. Berlin, *Due concetti di libertà* (1958), Feltrinelli, Milano, 2000, e prima

il fatto che essi consistono, anziché in aspettative negative di non lesione, in libertà positive, cioè in facoltà: che è un connotato proprio, altresì, di tutte le libertà attive, come le libertà di manifestazione del pensiero, di riunione e di associazione. Il loro tratto distintivo – che li accomuna all'altra grande classe di diritti di autonomia, i diritti politici o di autodeterminazione politica, e li differenzia da tutti i diritti di libertà, incluse le libertà attive – risiede piuttosto nel fatto che essi consistono in *potestates agendi*, cioè in diritti-potere: inteso con 'potere' qualunque facoltà il cui esercizio consiste in atti precettivi produttivi di effetti nella sfera giuridica altrui, oltre che propria⁹⁹. Per questo essendo esercitati da atti negoziali produttivi di effetti anche nella sfera di altri soggetti, essi richiedono la capacità d'agire e la soggezione del loro esercizio a norme che ne regolino forme e contenuti – dalle regole sulla concorrenza a quelle sui rapporti di lavoro, sull'inappropriabilità di beni comuni o sulla tutela dell'ambiente – a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti di tutti. Al contrario, i diritti di libertà, siano essi *libertà da* oppure di *libertà di* o *facultates agendi* – non solo quindi l'*habeas corpus*, l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza, ma anche le libertà d'opinione, di stampa, di riunione, di associazione e simili – consistono soprattutto in immunità, cioè in mere aspettative di non lesione o non limitazione, associate o meno a facoltà il cui esercizio non è comunque produttivo di effetti giuridici di alcun tipo. Per questo essi spettano a tutti, indipendentemente dalla capacità di agire, non confliggono tra loro salvo i limiti imposti dal diritto penale (per esempio dalla configurazione come reati delle ingiurie, delle diffamazioni o delle associazioni sovversive), e non richiedono norme sulla produzione dei meri comportamenti che ne sono esercizio.

Il pensiero liberale ha ignorato queste differenze di struttura, concependo le autonomie come libertà (positive) anziché come poteri e perciò eludendo il problema costituzionale della soggezione del loro esercizio a limiti e a vincoli non solamente formali ma anche sostanziali. Di fatto il sistema delle garanzie si è esteso in forme

ancora da N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), ora in Id., *Teoria generale della politica*, cit., pp. 217-247 e in particolare, pp. 228-232

⁹⁹ È questa, in termini semplificati, la definizione di “potere” che ho proposto in *Principia iuris*, cit., vol. I, Teoria del diritto, §10.1, p. 588

molteplici ed eterogenee anche al diritto privato., la cui storia nel secolo scorso è stata in gran parte una storia delle progressive limitazioni dei poteri proprietari a tutela dei diritti fondamentali e del lavoro. Inoltre il costituzionalismo novecentesco, grazie anche all'impegno della dottrina civilistica oltre che di quella costituzionalistica, ha dato largo spazio al riconoscimento dei diritti fondamentali della persona non soltanto nei rapporti tra i cittadini e Stato, ma anche entro quelle che la nostra Costituzione chiama le «formazioni sociali» e, per altro verso, nei rapporti economici. Non è stata tuttavia elaborata una teoria dello stato di diritto e dei diritti fondamentali nei confronti dei poteri privati e dei poteri sovrastatali, paragonabile alla teoria dello stato costituzionale di diritto sviluppata nei confronti dei poteri pubblici dello Stato. Grazie a un apparato concettuale elaborato dal pensiero liberale nell'età del primo capitalismo, è rimasta insomma occultata o comunque incompresa o ignorata l'asimmetria strutturale tra proprietà e libertà, tra i diritti di autonomia che sono poteri e le libertà che non lo sono. Il paradigma dello *stato di diritto* è stato perciò concepito unicamente con riguardo al rapporto tra Stato e cittadino, e non anche ai rapporti che pure s'instaurano tra privati: sul presupposto, evidentemente, che rapporti verticali di potestà/soggezione hanno luogo soltanto nella sfera artificiale del diritto pubblico, laddove la sfera del diritto privato sarebbe una sfera naturale, segnata soltanto da rapporti orizzontali tra libertà. L'espressione '*stato di diritto*' è del resto emblematica: solo lo Stato e la politica sarebbero il luogo del potere e se giustificerebbe quindi la soggezione a regole e a controlli. La società civile e il mercato, al contrario, sarebbero il regno delle libertà, che si tratterebbe soprattutto di proteggere contro gli abusi e gli eccessi dei pubblici poteri»¹⁰⁰.

Riassumendo: in quanto diritto reale il diritto di proprietà si distingue dai diritti di libertà, perché è un diritto patrimoniale; in quanto diritto fondamentale il diritto di proprietà si distingue dai diritti di libertà, perché è un diritto potestativo. Ovviamente, potestativo è anche il diritto reale di proprietà. Possiamo dunque affermare che il diritto di proprietà, comunque sia inteso, è un potere e pertanto non è assimilabile alla

100L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, pp.178-180

libertà.

Il pensiero del nostro filosofo, partendo dalla considerazione che l'aver accostato i diritti di proprietà ai diritti di libertà ha creato una situazione per cui i primi hanno avuto una sovra-legittimazione indebita, procede nel considerare come questa confusione, nell'epoca della globalizzazione, caratterizzata dal carattere globale dei poteri economici e finanziari e dal carattere ancora prevalentemente locale del diritto e della politica, ha determinato l'impotenza della politica nei confronti dei mercati e una rinnovata onnipotenza nei confronti dei soggetti più deboli. Scrive Ferrajoli: «La configurazione come libertà della proprietà privata e dell'autonomia negoziale, coniugandosi con l'ideologia liberista delle leggi di mercato come leggi naturali, vale infatti a fondare il rifiuto come illegittimo e insieme come irrealistico di qualunque intervento statale diretto a limitare l'autonomia degli operatori economici e finanziari, a garanzia dei diritti sociali e del lavoro. Di qui la scomparsa dell'orizzonte della politica, trasformata in tecnocrazia, dei principi della democrazia costituzionale, il cui linguaggio – l'uguaglianza, i diritti umani, la solidarietà, la dignità della persona – è totalmente estraneo al lessico della scienza economica. Di qui il capovolgimento del rapporto tra poteri politici e poteri economici: non è più la politica che per il tramite delle istituzioni democratiche governa l'economia e la finanza, ma sono al contrario i poteri economici e finanziari di carattere globale che governano gli Stati imponendo loro politiche antisociali.

Il riconoscimento delle profonde differenze di struttura tra i diversi tipi di diritti fin qui analizzati – tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, tra diritti civili e diritti reali di proprietà, tra diritti di autonomia e diritti di libertà, in breve tra poteri e libertà – è quindi essenziale, oggi più che mai, a qualunque teoria dello stato di diritto che intenda essere all'altezza dei vecchi e dei nuovi poteri che minacciano sia i diritti fondamentali che la democrazia. Esso forma il necessario presupposto di una possibile estensione del paradigma dello stato di diritto, nato nel diritto pubblico come insieme di limiti e garanzie dei diritti nei confronti dei soli poteri statali, alle relazioni asimmetriche parimenti si instaurano a livello globale tra diritti

fondamentali e poteri sovranazionali, sia pubblici che, soprattutto, economici e finanziari. L'intero modello dello stato di diritto rischia infatti di dissolversi se il suo sistema di limiti e garanzie, di istituzioni di governo e di controllo, non verrà allargato in una duplice direzione: nei confronti dei poteri economici oltre che dei poteri politici, e nei confronti dei poteri sovrastatali oltre che dei poteri statali. La sua concezione ristretta, pubblicistica e statalistica, ha sempre pesato sulla nostra cultura giuridica e politica, assecondando l'insofferenza dei poteri economici, finanziari e imprenditoriali, proprio perché rivendicati come libertà anziché come poteri, per limiti e controlli di diritto pubblico. Ma oggi, nel vuoto di diritto pubblico generato dalla crisi della sovranità degli stati non accompagnata dalla costruzione di una sfera pubblica sovranazionale, quei medesimi poteri proprietari possono svilupparsi, anche grazie al sostegno ideologico della loro concezione quali libertà fondamentali, come poteri selvaggi e illimitati. Con conseguenze catastrofiche, in parte fin d'ora sotto i nostri occhi e tutte destinate ad aggravarsi: le aggressioni irreversibili all'ambiente provocate da uno sviluppo insostenibile che sta mettendo in pericolo l'abilità del pianeta; la crescita esponenziale della povertà e della disuguaglianza e i milioni di morti ogni anno per mancanza dell'acqua, dell'alimentazione di base e di farmaci salva-vita; la crisi delle forme classiche della democrazia e dello stato di diritto, modellate sugli stati nazionali quali luoghi esclusivi o quanto meno privilegiati della politica e della produzione giuridica; lo sviluppo di fondamentalismi, di violenze e di terrorismi e il ritorno della guerra quale strumento illusorio di governo del mondo e di soluzione dei problemi internazionali; la regressione insomma a una sorta di stato di natura planetario, soggetto alla legge del più forte.

Questo vuoto di diritto pubblico in un mondo globalizzato sempre più fragile e interdependente non è realisticamente sostenibile senza mettere in pericolo pace e sicurezza, democrazia e diritti umani, non solo nei Paesi poveri ma anche nei Paesi occidentali più avanzati. È lo stesso preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti del 1948 che ci avverte, realisticamente, di pace e di sicurezza futura, né tanto meno di democrazia e diritti umani, se non saranno rimosse o almeno ridotte, da

un'adeguata regolazione dei grandi poteri economici privati, l'oppressione, la fame e la povertà di miliardi di esseri umani che di quei diritti rappresentano una clamorosa violazione.

Alla crisi in atto del ruolo di governo della politica e di garanzia del diritto, determinata dal declino degli Stati nazionali e delle sfere pubbliche statali, non esistono perciò alternative che non facciano leva sul diritto medesimo e sulla politica di cui il diritto è il prodotto, cioè sulla costruzione di una sfera pubblica del mondo e di uno stato di diritto internazionale all'altezza dei nuovi poteri e in grado di garantire la pace e i diritti fondamentali proclamate nelle tante carte nazionali e sovranazionali. In questa prospettiva, ripensare le categorie della proprietà e della libertà, e con esse il vecchio modello dello stato di diritto a garanzia dei diritti umani, allargandolo per un verso ai poteri economici e al mercato e per altro verso al livello delle relazioni internazionali, è il compito più urgente che si impone alla politica e ancor prima alla riflessione teorico-giuridica»¹⁰¹.

101 *Ivi*, pp.180-182

III

Il progetto politico di Ferrajoli

3.1 Crisi della dimensione costituzionale della democrazia

L'odierno scenario italiano, ma si potrebbe dire occidentale, si sta sempre più caratterizzando in un processo di decostituzionalizzazione che si articola in vari aspetti, dalle violazioni e inadempienze del dettato costituzionale, alla crisi della rappresentanza politica, alla subalternità della politica all'economia.

L'analisi di Ferrajoli evidenzia bene la crisi odierna della democrazia costituzionale partendo da una chiara considerazione «Il paradigma costituzionale è chiaramente un modello normativo complesso, mai pienamente realizzato né perfettamente realizzabile, a causa della virtuale divaricazione che sempre sussiste tra normatività e effettività. Le garanzie possono ridurre questa divaricazione, tanto più ampia quanto più ambiziose e impegnative sono le promesse costituzionali, ma non certo eliminarla, dato che consistono anch'esse in figure deontiche»¹⁰². Si può quindi identificare il grado di legittimità o di illegittimità dell'ordinamento di uno stato costituzionale di diritto con il grado di effettività e di ineffettività delle garanzie dei diritti in esso stabiliti. Scrive: «questa divaricazione deontica tra normatività ed effettività della democrazia costituzionale è dunque fisiologica, esistendo sempre, entro certi limiti, un qualche grado di ineffettività delle garanzie.»¹⁰³

Oltre un certo limite, però, il grado di ineffettività del paradigma costituzionale può diventare patologico, Ferrajoli continua «Ma può diventare, oltre tali limiti, patologica, allorquando raggiunge un punto di crisi o peggio di rottura. È il rischio che stanno correndo oggi le nostre democrazie a causa di due fenomeni convergenti:

102 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, p.141.

103 *Ivi*, p.141.

lo *sviluppo della illegalità* nell'esercizio degli stessi poteri pubblici normativi, quali si manifesta nelle violazioni delle garanzie e perciò nella produzione di *antinomie*, e l'ancor più grave difetto di legalità, quale si manifesta nell'assenza di garanzie e perciò nell'esistenza di *lacune*». ¹⁰⁴

Questo è quello che sta accadendo negli ordinamenti statali «È in atto una crisi profonda del paradigma costituzionale, che investe sia le forme rappresentative della democrazia che la sua sostanza costituzionale e sta compromettendo il ruolo di governo della politica e le funzioni regolative e garantiste del diritto»¹⁰⁵ e maggiormente negli ordinamenti sovranazionali con la mancata introduzione delle garanzie sia primarie che secondarie dei diritti stabiliti dalle carte e convenzioni, nonché di funzioni e istituzioni di garanzia all'altezza dei nuovi poteri e dei nuovi problemi globali.

Crisi che quindi investe profondamente le due dimensioni del paradigma costituzionale, «quella formale o giuspositivistica, legata al ruolo regolativo della legge [...] e quella sostanziale o giuscostituzionalistica, legata ai limiti e ai vincili imposti ai poteri, sia pubblici che privati, a garanzia dei diritti fondamentali costituzionalmente stipulati»¹⁰⁶.

Fra le varie ragioni di questa crisi, Ferrajoli quindi evidenzia oltre che la mai accettata soggezione della politica al diritto, la mancanza di regole e di limiti giuridici ai poteri economici e finanziari del mercato. «Questa crisi si manifesta nella sostanziale subordinazione della politica ai poteri sregolati della finanza speculativa, i quali dopo aver procurato la crisi economica ed essere stati salvati dagli stati, stanno imponendo la distruzione del Welfare State, la riduzione della sfera pubblica, lo smantellamento del diritto del lavoro, la crescita delle disuguaglianze e della povertà e la devastazione dei beni comuni»¹⁰⁷. Vi sono quindi in atto due processi «il depotenziamento della politica rispetto ai mercati e il suo potenziamento nell'opera di

104 *Ivi*, p.141.

105 *Ivi*, introduzione p.VII

106 *Ivi*, p.142

107 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.26

decostituzionalizzazione delle nostre democrazie»¹⁰⁸ che trovano ragione di essere l'uno nell'altro, il primo come causa del secondo e il secondo come effetto richiesto dal primo. Così «Da un lato, il ruolo di governo della politica nelle forme della rappresentanza democratica e il ruolo normativo del diritto statale vengono svuotati dalla perdita di sovranità degli stati, dalla crisi di rappresentatività dei partiti, dai conflitti di interessi e dal sopravvento dei poteri economici e finanziari di carattere transnazionale. Dall'altro si sta sviluppando un processo deconstituente dei nostri ordinamenti che si manifesta nel progressivo smantellamento dello stato sociale, nella riduzione dei servizi sociali e delle garanzie dell'istruzione e della salute, nella crescita della povertà, della precarietà del lavoro e della disoccupazione, nell'abbassamento dei salari e delle pensioni e nella restrizione dei diritti dei lavoratori: in breve, nell'erosione della dimensione sostanziale della democrazia- quella che ho chiamato la sfera del non decidibile- provocata dalle vocazioni decisionistiche, populiste e tendenzialmente assolutistiche e anticostituzionali dei poteri politici»¹⁰⁹.

Il rapporto tra politica ed economia è stato invertito. Non più governi e parlamenti democraticamente eletti regolano la vita economica per il bene comune ma i mercati impongono agli stati politiche antidemocratiche e antisociali a favore delle élites finanziarie. Non abbiamo più il governo pubblico e politico dell'economia, ma il governo privato ed economico della politica¹¹⁰.

Il nostro giurista stigmatizza questo ribaltamento lesivo di un tratto fondamentale e costituente della modernità giuridica e politica così: «È una crisi epocale del ruolo stesso dello stato e della sfera pubblica. Giova ricordare che la separazione fra società e stato e tra economia e politica fa parte del costituzionalismo profondo dello stato moderno, nato in opposizione allo stato patrimoniale dell'ancien régime come istituzione politica separata dalla società e come sfera pubblica eteronoma rispetto ai poteri privati, a garanzia degli interessi generali e dei diritti di

108 L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, p.143.

109 *Ivi*, p.142-143

110 S. Cassese, *Crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari 2002, cap. III, 1

tutti»¹¹¹e rileva quattro fattori di questa regressione premoderna.

In primo luogo la sproporzione fra il carattere delimitato del diritto e dei poteri statali, ancora delimitati ai confini degli Stati nazionali, e il carattere universalistico dei poteri economici e finanziari svincolati dai controlli politici e dai limiti e vincoli del diritto, «Si capisce come il capitale finanziario globale, grazie alla sua libera circolazione, possa oggi condizionare e aggredire l'economia reale e gli stessi bilanci degli stati, fino ad imporre alla politica, in assenza di una sfera pubblica alla sua altezza, la legge del mercato quale nuova *Grundnorm*, sopraordinata al diritto e alle stesse costituzioni»¹¹².

Un secondo fattore del predominio dell'economia sulla politica è rilevata da Ferrajoli nel trionfo culturale dell'ideologia liberista. Il progetto di colonizzazione culturale che dall'inizio del '900 le élite finanziarie avevano perseguito e che dal crollo del blocco sovietico ha avuto la possibilità di procedere con la convinzione di essere l'unico possibile, secondo il nostro giurista risale ad un equivoco nella tradizione liberale che lungamente ha pesato sulla concezione e sulla costruzione dello stato di diritto e maggiormente pesa adesso in tempi in cui è incontrastata l'egemonia liberista e cioè nella configurazione come libertà della proprietà privata e nella naturalizzazione delle leggi di mercato. Il rapporto fra libertà e proprietà, essendo un tema fondamentale nel pensiero del nostro filosofo, merita un'attenzione particolare che ho cercato di approfondire in un paragrafo a parte.

Proseguendo il discorso Ferrajoli nota che «Esso consiste nel sostegno prestato al primato dell'economia dall'ideologia liberista, basata su due potenti postulati: la concezione dei poteri economici come libertà fondamentali e delle leggi di mercato come leggi naturali. Le due raffigurazioni ideologiche sono tra loro connesse: la prima, ben più che rafforzata, è per così dire verificata dalla seconda, cioè dalla concezione della *lex mercatoria* come legge naturale, sopraordinata alla politica e al diritto come una sorta di necessità naturale, dotata della stessa oggettività empirica

111 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.26

112 L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 144

delle scienze fisiche»¹¹³. Su questa autoraffigurazione e autolegittimazione ideologica della scienza economica dominante importante è il lavoro di Luciano Gallino, “Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi”, che il nostro cita a pagina 96, ricordando questo passo di Milton Friedman caposcuola dei Chicago boys : «L'economia positiva è, o può essere, una scienza oggettiva, precisamente nello stesso senso in cui lo è una qualsiasi delle scienze fisiche»¹¹⁴.

Da questa situazione consegue la trasformazione della politica in tecnocrazia e la conseguente sostituzione del governo politico e democratico dell'economia con il governo economico e non democratico della politica. Scrive Ferrajoli «Di qui, soprattutto, la trasformazione della politica in tecnocrazia, cioè nella sapiente applicazione delle leggi dell'economia da parte di governi “tecnici”- non dimentichiamo il monito di Norberto Bobbio sull'antitesi e sull'incompatibilità tra democrazia e tecnocrazia¹¹⁵- i quali traggono legittimazione dai mercati e solo ai mercati, e non già ai parlamenti, ai partiti, alle forze sociali e alla società, devono rispondere. Si spiega così come in questi anni la politica non si sia limitata, in molti paesi, ad abdicare al suo ruolo di governo, ma abbia attivamente contribuito allo sviluppo dei poteri selvaggi dell'economia e della finanza con i suoi interventi di deregolazione e liberalizzazione dei mercati e alla privatizzazione dei servizi pubblici e dei beni comuni»¹¹⁶.

Il terzo fattore di questa regressione premoderna è scorto dal nostro giurista nei conflitti di interesse , nelle molteplici forme di corruzione e condizionamento lobbistico della politica, scrive «È la crescente confusione tra poteri politici e poteri economici che si manifesta nelle molteplici forme di corruzione, nell'azione delle lobbies, negli svariati conflitti di interessi e nel rapporto sempre più stretto fra politica e denaro: denaro per finanziare le campagne elettorali e e per mantenere le

113 Ivi, p. 144-145

114 M. Friedman, *the Methodology of Positive Economics*, in Id. *Essay in positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, p.4

115 N. Bobbio, *il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, cap. I, § 10, p.22: “Tecnocrazia e democrazia sono antitetiche: se il protagonista della società industriale è l'esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sull'ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendano”

116 Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, p. 145-146

burocrazie di partito; politica e denaro per ottenere l'accesso, il favore o peggio il controllo dei media. [...] A causa dei finanziamenti da essi richiesti da parte del mondo dell'economia, le elezioni vengono oggi vinte non soltanto dai partiti e dai candidati che hanno ricevuto il maggior numero dei voti, ma anche da tutti coloro che li hanno finanziati e a cui interessi privati gli eletti sono di fatto vincolati da una sorta di mandato imperativo: che è chiaramente una violazione del principio, stabilito fin dalla costituzione francese del 1791 e riprodotto dall' art. 67 cost., secondo il quale “ogni membro del parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato»¹¹⁷.

Il quarto fattore, di carattere epocale, è dovuto alla perdita di sovranità degli Stati dell'eurozona, a causa della dislocazione delle fonti del diritto fuori dei loro confini, con i trattati istitutivi dell'Unione Europea. «Politica e diritto, nelle costituzioni nazionali dei paesi europei, sono di solito espressamente sopraordinati alle attività economiche. “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”, afferma l'art. 41, c.3 cost.; e il c. 2, del quale non a caso è stata dalla destra proposta in questi anni la soppressione, stabilisce che “l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Non solo. L'art. 42 sulla proprietà privata affida alla legge il compito di “assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”; e l'art. 43 prevede la possibile nazionalizzazione di imprese “che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”[...] Ebbene, questo modello dirigista dell'economia ad opera della politica e del diritto è stato letteralmente capovolto dai trattati europei, che all'ordine del diritto hanno sostituito l'ordine dell'economia. Sulla base del principio della libera concorrenza entro uno “spazio senza frontiere interne”, affermato dagli artt. 26 n. 2 e 106 n. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ed elevato a una sorta di norma fondamentale

117 Ivi, p. 147

dell'ordinamento comunitario, è stato precluso qualunque intervento degli Stati nell'economia dei loro paesi. [...] Si è così dato vita a due sistemi – l'uno dirigista degli Stati membri, l'altro liberista dell'Unione – tra loro in “radicale antitesi” e in “secca antinomia”. Ma il sistema liberista è chiaramente destinato a prevalere, a causa dell'impossibilità della legislazione degli Stati di derogare ai trattati [...] In forza di questa nuova gerarchia delle fonti, risulta così impedita allo Stato l'attuazione del programma disegnato dalla sua costituzione, essendo preclusi tutti gli interventi legislativi attraverso i quali si sono sviluppate in passato le sue politiche economiche, fiscali, industriali e sociali: dai divieti di esportazioni di capitali agli aiuti pubblici diretti a salvare le imprese in difficoltà e i connessi posti di lavoro, dalla disciplina delle banche e del credito a quella delle licenze all'esercizio di determinate attività commerciali o industriali, dalle diverse forme di protezione dei diritti dei soggetti deboli, come la scala mobile e l'equo canone, fino agli interventi sui prezzi di beni e servizi essenziali volti a garantire l'equità e ai monopoli pubblici di imprese di interesse generale come le ferrovie, le poste, l'informazione televisiva e le fonti di energia»¹¹⁸.

3.2 Crisi dei partiti e della rappresentanza: verticalizzazione e personalizzazione

Uno dei fattori della crisi odierna della democrazia rappresentativa è costituito dal venir meno del rapporto, fino a qualche decennio fa mediato dai grandi partiti di massa, tra società e istituzioni. E' letteralmente crollata la credibilità dei partiti. Scrive Ferrajoli «I partiti sono oggi tra le istituzioni più screditate. Sono venute meno, con la scomparsa della passione civile che animava la loro vita interna, la partecipazione e il coinvolgimento diretto dei cittadini nella vita politica. E' cresciuta l'astensione dal voto, e il voto, a destra e a sinistra, è diventato espressione, ben più che del consenso, del dissenso, o peggio del disprezzo per le formazioni avversarie. Oggi la nostra democrazia è in crisi perché la società non è, e comunque non si sente, in nessun senso rappresentata. I partiti hanno perso il loro radicamento nella società e

118 *Ivi*, p. 148-149

si sono trasformati in costose burocrazie saldamente integrate negli apparati dello stato e delle altre istituzioni politiche»¹¹⁹. Tutti i partiti sono stati d'altro canto investiti da processi di verticalizzazione e personalizzazione che hanno svuotato il ruolo decisionale dei loro organi collegiali e ancor più il loro carattere rappresentativo dei cittadini, trasformati in spettatori dei dibattiti e degli scontri interni al ceto politico messi in scena dalle televisioni.

Secondo Ferrajoli un primo fattore che ha determinato questa situazione si può riscontrare proprio nella «Verticalizzazione e personalizzazione della rappresentanza. Il fenomeno è presente in molti altri paesi della democrazia avanzata, nei quali si è verificato in questi anni un rafforzamento degli esecutivi e dei capi degli esecutivi e un correlativo esautoramento dei parlamenti. Grazie alla diffusione del modello presidenziale o di sistemi elettorali di tipo maggioritario, la rappresentanza politica [...] tende sempre più a identificarsi con la persona del capo dello stato o di governo. Ma in Italia, con l'attuale legge elettorale n. 270 del 2005 che ha trasformato di fatto le elezioni politiche nella nomina dei parlamentari da parte dei vertici di partiti, è l'oggetto stesso della rappresentanza che è stato alterato: i “rappresentanti” rappresentano oggi, ben più che gli elettori, coloro che li hanno nominati e dai quali dipendono. Non solo. A causa delle elevate soglie di sbarramento per le minoranze e di un ingente premio di maggioranza attribuito da questa legge alla coalizione elettorale che abbia riportato la semplice maggioranza relativa, minoranze consistenti vengono private della rappresentanza e la coalizione vincente anche solo di un punto può accreditarsi, scambiando nella propaganda la finzione giuridica con la realtà, come maggioranza assoluta»¹²⁰. Poco più avanti sulla legge elettorale scrive: «Oltre alla nomina dei Parlamentari da parte di un piccolo numero di capi-partito, essa prevede infatti un forte premio di maggioranza ed alte soglie di sbarramento per le minoranze, il cui effetto è quello di falsare totalmente il risultato delle elezioni. Stabilisce, precisamente, l'assegnazione del 55% della camera alla maggioranza relativa, cioè alla maggiore minoranza, e l'esclusione dal Parlamento delle forze

119L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2015, p.83

120L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi, la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p.21-22

politiche le cui liste non raggiungano da sole il 4% dei suffragi. In questo modo può accadere che la lista di maggioranza relativa raggiunga per esempio il 30% dei voti, equivalente, se si tiene conto delle astensioni, a poco più del 20% degli elettori, e ottenga tuttavia una maggioranza assoluta di seggi così massiccia da essere accreditata dalla propaganda come espressione del “popolo sovrano”. Il solo precedente di una simile truffa è la Legge Acerbo n. 2444 del 18.11.1923, poi confluita nel Testo Unico n. 2694 del 13.12.1923, che consegnò il potere a Mussolini: essa prevedeva l'assegnazione dei due terzi dei seggi (356 contro 179) alla lista che avrebbe ottenuto il maggior numero di suffragi purché in numero superiore al 25% dei voti (anziché al 10% richiesto dalla legge attuale). »¹²¹

Quello che rende più preoccupante la situazione che si è creata in Italia, e in qualche modo in Europa, è l'ideologia sottesa, l'idea che la sola fonte di legittimazione dei poteri politici sia il voto elettorale e la conseguente concezione della democrazia come onnipotenza della maggioranza e delle elezioni come investitura popolare di un capo, tutto questo inchinandosi davanti al dogma della “governabilità”. Il nostro giurista esplicita il fatto così: «Ciò che rende tuttavia più distruttivo, in Italia, questo processo di personalizzazione della rappresentanza è l'ideologia politica che lo accompagna e lo sorregge e che si manifesta nella più o meno consapevole negazione della distinzione e della separazione tra rappresentanti e rappresentati, tra Stato e società. Secondo questa ideologia, che ha assunto connotati sempre più apertamente populistici, la democrazia politica consisterebbe, ben più che nella rappresentanza della pluralità delle opinioni politiche e degli interessi sociali e nella loro mediazione parlamentare, nella scelta elettorale di una maggioranza di governo e con essa del suo capo, identificati con l'espressione diretta ed organica della volontà e della sovranità popolare sulle quali soltanto si fonderebbe la legittimità dei pubblici poteri.[...] Ne è risultata una deformazione in senso plebiscitario della democrazia rappresentativa: la riduzione dei partiti a comitati elettorali dei leader; il rapporto diretto da questi instaurato con il popolo per il tramite

121 *Ivi*, pp. 60-61

della televisione; l'idea dell'onnipotenza della maggioranza impersonata da un capo, celebrato come incarnazione della volontà del popolo, a sua volta immaginato come una sorta di macro-soggetto collettivo; [...] Ebbene, questa idea dell'onnipotenza del capo quale voce ed espressione organica della volontà popolare è al tempo stesso anticostituzionale e antirappresentativa. È anzitutto un'idea *anti-costituzionale*, dato che ignora o quanto meno svaluta i limiti e i vincoli imposti dalle costituzioni ai poteri della maggioranza riproducendo, in termini parademocratici, una tentazione antica e pericolosa, che è all'origine di tutte le demagogie populiste ed autoritarie: l'opzione per il governo degli uomini, o peggio di un uomo – il capo della maggioranza -, in opposizione al governo delle leggi e la conseguente insofferenza della legalità e dei controlli giudiziari, concepiti come illegittimi intralci all'azione di governo. È precisamente questa concezione, ripeto, che fu rinnegata dalla Costituzione del 1948 dopo la sconfitta del fascismo. Si capì, all'indomani della Liberazione, che l'onnipotenza della maggioranza è sempre in grado di degenerare nell'impotenza del capo della maggioranza. E si riscoprì il significato di “costituzione”, stipulato dall'articolo 16 della *Déclaration des droits* del 1789, come norma volta a garantire la separazione dei poteri e i diritti fondamentali di tutti¹²²: ossia esattamente i due principi che erano stati negati dal fascismo e che del fascismo sono la negazione.

Ma quell'idea è anche radicalmente *anti-rappresentativa*, dato che nessuna maggioranza parlamentare, né tanto meno il capo della maggioranza possono rappresentare la volontà del popolo intero e neppure quella della maggioranza degli elettori. Come ci ha insegnato Hans Kelsen, “una siffatta volontà collettiva non esiste”, non essendo il popolo “un collettivo unitario omogeneo”, e la sua assunzione ideologica serve solo a “mascherare il contrasto di interessi, effettivo e radicale, che si esprime nella realtà dei partiti politici e nella realtà, ancor più importante, del conflitto di classe che vi sta dietro”¹²³. “L'idea di democrazia”, aggiunse Kelsen,

122«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »

123H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), trad. it. In Id., *La giustizia costituzionale*, a cura C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 277 e 275

“implica assenza di capi”¹²⁴; giacché sempre i capi, tanto più se abietti e mediocri, tendono ad autocelebrarsi come esseri eccezionali e diretti interpreti della volontà e degli interessi popolari»¹²⁵. Per illustrare questa proposizione, nel saggio *Essenza e valore della democrazia*, il grande giurista austriaco ricorre a un brano tratto dalla *Repubblica* di Platone, nel quale Socrate – protagonista del dialogo – spiega come dovrebbe essere trattato un individuo dotato di qualità superiori nello Stato ideale: «Noi non mancheremmo certo di venerarlo come un uomo divino e meraviglioso, e ricco di fascino. E tuttavia, gli diremmo anche ce non c'è posto nel nostro Stato per un uomo come lui, né ci potrebbe essere, e lo dirotteremmo verso altre Città, non prima di avergli versato sul capo essenze profumate e di averlo bendato con nastri di lana»¹²⁶.

Quello che scriveva Ferrajoli nel 2011 era evidentemente riferito agli anni di governo Berlusconi. Ma il fatto che l'ideologia sottesa, e cioè l'umiliazione del parlamento, il rafforzamento dell'esecutivo, la deformazione in senso plebiscitario della democrazia rappresentativa e la riforma costituzionale che, contro la stessa costituzione che all' art. 138 parla di revisione e mai di riforma, unita con una nuova legge elettorale peggiore di quella sopra ricordata, sia la medesima a quella che il governo Renzi, di cosiddetto centro-sinistra, sta portando avanti con ancor più celerità, dimostra che chi ci governa è subalterno a poteri economici che decidono le politiche decostituenti degli stati.

Non ha creato nessun problema, in coloro che dovrebbero difendere la costituzione e la democrazia, che una grande banca d'affari come la J.P.Morgan, nel 2011, abbia dettato la propria agenda, nella quale è scritta anche la riduzione degli spazi di democrazia che le costituzioni antifasciste del secondo dopoguerra hanno garantito ai popoli usciti dalle dittature.

Scriva infatti Ferrajoli nel 2013 «Nell'età della globalizzazione il futuro di ciascun paese dipende sempre meno dalla politica interna e sempre di più da decisioni

124 H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, con un'introduzione di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 2006, cap. VIII, p. 128.

125 L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi, la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp.22-25

126 Platone, *La Repubblica*, in *Tutti gli scritti*, a cura di Giovanni Reale, Rusconi, Milano, 1991, p.1142

esterne, assunte, in sedi extra-statali, dalle grandi concentrazioni economiche e finanziarie e dalle politiche ad esse subalterne delle maggiori potenze delle istituzioni internazionali da queste controllate, come gli organismi comunitari europei, il Fondo monetario internazionale e i vertici dei vari G8, G4 e G20. Venuto meno il nesso tra democrazia e popolo e tra poteri che contano e (stato di) diritto, non è più vero in un mondo di sovranità diseguali e di crescente interdipendenza, che le decisioni più rilevanti spettino a poteri direttamente o indirettamente democratici e subordinati alla legge. In breve: siamo governati, di fatto, da soggetti che non ci rappresentano, mentre i soggetti che ci rappresentano sono ad essi subalterni e di fronte ad essi impotenti.

Ebbene, proprio questa impotenza della politica rispetto ai mercati richiede, perché possa aver luogo il processo decostituente, un aumento della sua potenza nei confronti della società. Il sopravvento dell'economia sulla politica e l'abdicazione della seconda al ruolo di governo nei confronti della prima non sarebbero infatti possibili senza un simultaneo processo di liberazione della politica dai limiti e dai vincoli legali e costituzionali. È in questo duplice processo che risiede la crisi sistemica che sta investendo le democrazie occidentali: la sostituzione del governo politico e democratico della politica, che a sua volta richiede la rimozione della costituzione dall'orizzonte dell'azione di governo e la riduzione delle richieste "eccessive" della democrazia costituzionale »¹²⁷. Poco dopo, riprendendo il discorso già sviluppato in *"Poteri selvaggi, la crisi della democrazia italiana"*, evidenzia così il sostrato ideologico che è alla base dell'onnipotenza della politica: «L'idea che la sola fonte di legittimazione dei poteri politici sia il voto elettorale e la conseguente concezione della democrazia come onnipotenza della maggioranza e delle elezioni come investitura popolare di un capo. Il tramite di questa onnipotenza della politica, richiesta sotto il nome di "governabilità" dalla sua impotenza e subalternità ai poteri dei mercati, è stato la semplificazione dei sistemi politici attraverso la loro personalizzazione e verticalizzazione, a loro volta favorite dalla crisi di

127 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, p. 158

rappresentatività dei partiti e avallate dalle ideologie maggioritarie e dalle derive populiste. La governabilità si è così risolta nella sostanziale separazione del ceto politico dalla società, grazie alla quale sono state possibili, per far fronte alla crisi, dell'intero sistema dei diritti fondamentali e delle loro garanzie: dei diritti sociali attraverso tagli massicci alla spesa pubblica; dei diritti dei lavoratori, vanificati dalla precarizzazione, dall'instabilità dei rapporti di lavoro e dalla crescente disoccupazione; del pluralismo dell'informazione, pesantemente ridotto dalle concentrazioni dei giornali e delle televisioni favorite dalla corruzione della politica [...] In questi ultimi venti anni si è prodotta in Italia una deformazione delle istituzioni rappresentative a causa di molteplici fattori: la sostituzione del sistema elettorale proporzionale con sistemi di tipo maggioritario che hanno verticalizzato la rappresentanza e trasformato le forze politiche in partiti personali e talora padronali con vocazioni populiste; la deformazione, nel dibattito pubblico e nel senso comune, dell'immagine stessa della democrazia politica, identificata, ben più che nella rappresentanza della pluralità degli interessi sociali e nella loro mediazione parlamentare, nella scelta elettorale di una maggioranza e del suo capo; l'idea di legittimazione assoluta proveniente dal voto popolare e perciò l'insofferenza per i limiti costituzionali e la separazione dei poteri, lo svuotamento del ruolo del parlamento, attraverso una legge elettorale che ha trasformato le elezioni dei parlamentari nella loro nomina da parte dei vertici dei partiti»¹²⁸.

E' così che la governabilità si è realizzata attraverso la scomparsa, dall'orizzonte della politica, dei vincoli ad essa imposti dai diritti costituzionalmente stabiliti. Per questo, per consentire questa liberazione dai vincoli costituzionali, la governabilità richiede riforme costituzionali dirette a verticalizzare i sistemi politici, esautorando i parlamenti e rafforzando gli esecutivi, come sono quelle promosse dall'attuale governo con le forzature nei modi e nei tempi cui stiamo assistendo in questi mesi. Per questo, per realizzare una simile mutazione degli assetti democratici, essa richiede la formazione di partiti leggeri, liquidi, personalizzati e verticalizzati,

128 *Ivi*, pp.159-160

trasformati in apparati al servizio dei loro capi e sempre più separati dalla società.

Si sono così capovolti i rapporti che, in democrazia, dovrebbero presiedere alle diverse sfere del potere. Non è più la politica che governa l'economia e la finanza, ma sono l'economia e la finanza che regolano la politica funzionalizzandola alla difesa dei loro interessi e della legge del mercato. Non è più la rappresentanza parlamentare che controlla il governo, ancorandone l'azione al proprio indirizzo politico ma è il governo che controlla il parlamento, attraverso la sua maggioranza, rigidamente subordinata alla volontà del leader. Non sono più i partiti che indirizzano l'azione dei loro gruppi parlamentari, ma sono i diversi settori del ceto politico che controllano i partiti come loro strumenti.

Avendo chiara la lezione di Hans Kelsen, secondo cui «il partito politico è strumento essenziale per la formazione della volontà pubblica»¹²⁹, Ferrajoli scrive: «I partiti politici, che l'art. 49 della nostra costituzione configura come libere associazioni attraverso le quali i cittadini esercitano il diritto di “concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale” si sono di fatto progressivamente integrati e pressoché identificati con le stesse istituzioni rappresentative, cioè gli organi titolari dei poteri politici di governo. [...] È chiaro che questa crisi può essere superata solo se i partiti torneranno ad essere – come furono nei loro momenti più alti, quando nacquero, a sinistra, come partiti operai, e poi, in Italia, all'indomani della liberazione - organi della società, soggetti rappresentati anziché rappresentanti, e quindi strumenti della partecipazione dei cittadini alla vita politica secondo quanto stabilito dal già ricordato articolo 49. Ma è anche chiaro che questa loro riabilitazione non può essere affidata alla loro autonomia, della quale essi hanno da molti anni fatto uso per statalizzarsi, cioè per trasformarsi in istituzione parastatali. Il solo rimedio alle degenerazioni in atto, a cominciare dall'assenza di democrazia interna, è l'eteronomia della legge. Una legge di attuazione dell'art. 49 dovrebbe perciò imporre ai partiti uno Statuto democratico, basato quanto meno sui classici principi della democrazia politica: l'uguaglianza e la pari dignità degli iscritti,

¹²⁹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it., Edizioni di comunità, Milano, 1959, parte II, capIV, B, h,3, p. 299

il rispetto per il dissenso, la libertà della critica e le garanzie dell'opposizione interna, la separazione dei poteri, la previsione di assemblee di base dirette ad orientare le riunioni e le decisioni degli organi dirigenti . Ma dovrebbe soprattutto, a garanzia del ruolo di mediazione rappresentativa tra società e Stato affidato ai partiti, garantire la separazione tra cariche di partito e funzioni pubbliche, anche elettive. I partiti dovrebbero, in breve, essere separati dallo Stato - non solo dagli apparati della Pubblica Amministrazione, ma anche dalle Istituzioni politiche elettive – e deputati alla formulazione dei programmi di governo, alla scelta dei candidati alle elezioni e alla responsabilizzazione degli eletti, ma non anche alla diretta gestione della cosa pubblica. Per molteplici ragioni: in primo luogo perché siano favoriti il loro radicamento sociale e con esso, grazie all'alterità tra rappresentanti e rappresentati, il loro ruolo di mediazione rappresentativa tra istituzioni pubbliche elettive ed elettorato attivo; in secondo luogo per evitare i conflitti di interesse che si manifestano nelle auto-candidature dei dirigenti e nelle varie forme di cooptazione dei candidati sulla base della loro fedeltà a quanti li hanno, di fatto, designati; in terzo luogo per impedire la confusione dei poteri tra controllori e controllati e consentire la responsabilità dei secondi di fronte ai primi; in quarto luogo per determinare un più rapido e fisiologico ricambio dei gruppi dirigente e del ceto politico e una migliore selezione sia dei dirigenti dei partiti che degli eletti nelle istituzioni rappresentative.

Occorrerebbe perciò introdurre forme di incompatibilità tra cariche di partito e cariche elettive istituzionali, in forza delle quali i dirigenti di partito avrebbero l'onere di dimettersi all'atto dell'elezione nelle istituzioni rappresentative. Si porrebbe così fine all'odierna occupazione delle istituzioni da parte dei partiti, i quali dovrebbero essere investiti di funzioni soltanto di indirizzo politico e non anche di pubblici poteri»¹³⁰.

Certamente non basta la legge a ribaltare questi rapporti e a restaurare il nesso dissolto tra società e istituzioni: l'indirizzo politico dei partiti nei confronti dei loro rappresentanti, il vincolo di fiducia che lega al parlamento l'esecutivo e il ruolo di

130L. Ferrajoli, *Iura Paria, i fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 83-84

governo della politica nei confronti dell'economia a tutela del lavoro e dei diritti fondamentali delle persone. E tuttavia la legge è a tal fine necessaria, dato che il presupposto di questo nesso è costituito dai limiti e dai vincoli ai poteri altrimenti sregolati e selvaggi dei capi e delle nomenclature, a garanzia dei diritti degli iscritti e, per il loro tramite, dei diritti politici di tutti. Oggi i partiti non offrono ai loro iscritti neppure le garanzie offerte ai suoi soci da una società semplice. Ed è singolare che i soli diritti per i quali la cultura giuridica e politica non ha finora elaborato nessuna seria garanzia sono appunto i diritti politici, sui quali si fonda la democrazia rappresentativa. Per questo una legge, benché non sufficiente, è oggi necessaria a creare le condizioni di una riabilitazione dei partiti quali organi e strumenti, come vuole la Costituzione, della partecipazione dei cittadini alla vita politica.

3.3 Il futuro del costituzionalismo

La crisi che stiamo vivendo, allo stesso tempo economica, ecologica, politica e sociale, che mina la democrazia e lo stato di diritto pone radicalmente davanti a un'alternativa ineludibile: o il declino dell'una e dell'altro o lo sviluppo del paradigma costituzionale all'altezza dei nuovi luoghi, non più statali ma sovrastatali, nei quali si sono spostati il potere e le decisioni. La situazione di pericolo globale ha evidenziato come un capitalismo selvaggio non possa coesistere con le condizioni elementari della convivenza civile.

Sulla base di quanto esposto fin qui Ferrajoli pone l'esigenza di una svolta storica, di un terzo mutamento di paradigma del diritto, della politica e dell'economia: «Dopo il paradigma legislativo affermatosi con la nascita degli Stati nazionali, e poi la sua evoluzione nel paradigma costituzionale delle odierne democrazie nazionali, l'alternativa a un futuro di catastrofi ambientali, politiche, economiche e sociali, è lo sviluppo di un costituzionalismo sovranazionale, quanto meno europeo e in prospettiva globale, in grado di ristabilire il ruolo di governo della politica e quello di garanzia del diritto»¹³¹.

131 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, p. 181

Come già detto in precedenza, il paradigma costituzionale è stato concepito e si è sviluppato esclusivamente in relazione ai poteri statali senza prendere in considerazione i poteri economici privati perché considerati ideologicamente, dalla tradizione liberale, non come poteri ma come diritti di libertà. Il suo carattere formale, però, rende possibile la nuova prospettiva, teorizzata da Ferrajoli, di un costituzionalismo globale, rendendo evidente che le difficoltà che vi si oppongono sono di natura politica e non teorica, legate agli interessi e ai poteri sviluppatisi grazie all'attuale vuoto di diritto. Così scrive il nostro giurista: «Proprio il carattere formale sia del paradigma legislativo che del paradigma costituzionale consente invece di calare nello “stampo della legalità”, secondo l'espressione di Piero Calamandrei, qualunque insieme di limiti e vincoli di contenuto a qualunque sistema di poteri.

Ciò che è stato calato nello stampo del diritto internazionale sono le tante dichiarazioni, convenzioni e carte dei diritti umani che compongono quella che possiamo chiamare un'embrionale costituzione del mondo. Ciò che manca sono le loro leggi di attuazione, cioè le garanzie, sia primarie che secondarie, dei tanti diritti stabiliti. Ma l'introduzione di tali garanzie, se prendiamo tali diritti sul serio, è da questa imposta alla politica non soltanto come il suo più importante compito storico e la sua principale fonte di legittimazione esterna, ma anche come obbligo giuridico e come la condizione della sua legittimazione interna. Intendo dire che il paradigma costituzionale generato dalla stipulazione sovranazionale dei diritti di libertà e di diritti sociali, disegna il dover essere giuridico del diritto sovranazionale medesimo, richiedendo agli Stati e alla comunità internazionale la non violazione dei primi e la soddisfazione dei secondi. È questa la logica interna del modello garantista del costituzionalismo: l'implicazione deontica, a carico della sfera pubblica, dei divieti e degli obblighi da parte delle aspettative negative e positive nelle quali consistono tutti i diritti stipulati nelle carte costituzionali, siano esse statali o sovrastatali. Rispetto alla crisi della sovranità degli Stati, ai processi di assoggettamento della politica all'economia e alla finanza, alla riduzione della capacità regolativa del diritto e alle restrizione delle garanzie dei diritti sociali, la sola alternativa razionale e insieme

giuridicamente obbligata al tramonto della democrazia costituzionale è insomma il suo allargamento in direzione di tutti i poteri, statali e non statali, e a garanzia di tutti i diritti positivamente stipulati.

Va aggiunto che lo sviluppo di una legalità globale può avvenire non solo attraverso l'allargamento del paradigma legislativo e di quello costituzionale fuori dai confini degli Stati nazionali, ma anche attraverso la progressiva espansione del *rule of law*, che certamente non è ancorato al modello stato-centrico ed è dotato, di un'intrinseca dimensione sostanziale quale insieme di limiti al dispotismo del potere politico. Le due strade non solo non si escludono, ma possono utilmente integrarsi. È certo, tuttavia, che di fronte alle sfide globali rappresentate dalle grandi catastrofi planetarie, soltanto il paradigma garantista di un costituzionalismo rigido allargato ai molteplici poteri politici, economici e finanziari che attualmente imperversano sulla scena mondiale è in grado di fornire risposte alla loro altezza. Per molte e diverse ragioni: in primo luogo perché il vecchio modello del *rule of law* esteso "oltre lo Stato", mentre non è un paradigma formale in grado di essere sostanziato da qualunque contenuto, incorpora soltanto i tradizionali limiti delle libertà fondamentali, la cui garanzia costituzionale è oggi imposta per fronteggiare le tante catastrofi – economiche, sociali, ecologiche, militari e umanitarie – prospettate dall'attuale anomia internazionale; in secondo luogo perché soltanto il paradigma garantista del costituzionalismo rigido è dotato di forza normativa nei confronti della selva dei poteri vecchi e nuovi, ai quali è in grado di imporre, quali limiti e vincoli, le garanzie implicate dalla sua interna sintassi logica; in terzo luogo, e conseguentemente, perché soltanto tale paradigma consente, con la sua rigida normatività, di tematizzare il diritto illegittimo, cioè di leggere come dovute le tutele dei diritti stabiliti dalle tante carte sovranazionali e di censurare come loro violazioni le antinomie e, soprattutto, le lacune di garanzie responsabili della loro ineffettività; in quarto luogo, perché tale paradigma affida alla politica, ben più e ben prima che alle dinamiche spontanee del *rule of law* e all'attivismo delle giurisdizioni, il compito, necessario, ed urgente, dell'attuazione dei principi e dei diritti costituzionalmente

stipulati, tramite la costruzione del complesso sistema di funzioni e di istituzioni di garanzia da esso logicamente implicato e giuridicamente imposto.

È infatti evidente che la regolazione dei mercati finanziari, la creazione delle funzioni e delle istituzioni di garanzia dei diritti sociali e dei beni comuni, la distribuzione dei farmaci salvavita, la messa al bando delle armi, il divieto oltre determinati limiti dell'emissione di gas inquinanti – in generale, tutte le garanzie di diritti e di beni vitali - non possono essere affidate allo sviluppo spontaneo di un diritto globale di formazione negoziale o giudiziaria¹³²».

Si comprende, dall'analisi del nostro giurista, che, data la gravissima situazione della crisi, non esistono vie di mezzo, o si va avanti con un'espansione del costituzionalismo garantista oppure si va indietro con il rischio concreto di un totale tracollo delle democrazie e quindi della pace. È necessario che il diritto ristabilisca il giusto ruolo a ciò che è stato capovolto e cioè non più l'onnipotenza dell'economia e della finanza verso la politica e di questa verso la società, ma la subordinazione delle prime alla politica e della politica alla società. Così scrive: «Questo è possibile solo attraverso un duplice allargamento del paradigma costituzionale dello stato di diritto e della democrazia: la sua espansione in senso estensionale a tutti i poteri e il suo rafforzamento in senso intensionale a garanzia di tutti i diritti. [...] L'espansione in senso estensionale del paradigma costituzionale è dunque suggerita, dal costituzionalismo garantista, nei confronti di tutti i poteri: oltre che dei poteri pubblici statali, anche dei poteri privati e dei poteri sovra-nazionali, rimasti estranei al vecchio modello dello stato di diritto, fuori dal quale si sono sviluppati e sono destinati a crescere ulteriormente.

L'espansione si richiede in primo luogo nei confronti dei diritti di autonomia privata nella sfera del mercato, configurati dall'ideologia liberista, come libertà e consistenti invece in poteri, sempre più sottratti al principio di legalità essendo stati travolti, in questi anni, gran parte dei loro vecchi limiti giuridici. Dislocazioni di attività produttive fuori dai confini nazionali con conseguente perdita di migliaia di

132 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, pp. 183-185

posti di lavoro e sfruttamento massiccio del lavoro in altri paesi, privazione dei diritti dei lavoratori esposti al ricatto dei licenziamenti, produzioni industriali inquinanti e nocive alla salute, concentrazioni imprenditoriali perfino in materia di informazione, sviluppo incontrollato della finanza speculativa – sono il risultato di un generale processo di deregolazione che ha trasformato questi diritti-potere in poteri assoluti, in contrasto con il paradigma dello stato diritto che non ammette l'esistenza di poteri *legibus soluti*. È perciò un *costituzionalismo di diritto privato*, se si prende sul serio il paradigma costituzionale, che oggi deve essere imposto normativamente alla politica e all'economia come la sola alternativa allo sviluppo selvaggio e distruttivo dei grandi poteri economici e finanziari. Deve cessare, a tal fine, l'attuale supremazia di tali poteri sulla politica e dev'essere restaurata la loro soggezione al diritto, quale è del resto stabilita dalla Costituzione italiana nei già ricordati artt. 41-47 sui limiti giuridici all'iniziativa economica privata e negli artt. 35-40 sui diritti dei lavoratori.

Più difficile è un o sviluppo di un *costituzionalismo sovranazionale*. L'espansione del paradigma costituzionale ai poteri di carattere extra- o sovrastatale è certamente oggi – a causa del carattere globale dell'economia e della finanza e del carattere sovranazionale dei poteri politici da cui dipendono le decisioni più importanti – la più necessaria ed urgente. Ma è anche, nei tempi brevi, la più improbabile. Essa comporta un percorso inverso a quello compiuto dagli Stati nazionali: non già il costituzionalismo quale completamento del paradigma dello stato legislativo di diritto, ma al contrario la produzione delle leggi di attuazione delle promesse costituzionali espresse dai diritti fondamentali positivamente stabiliti nelle tante carte internazionali di cui già dispone il diritto sovranazionale. Richiede, più in generale, l'estensione ai poteri sovranazionali del tradizionale principio di legalità e del principio di completezza. Il vuoto di diritto pubblico sovrastatale è soprattutto, infatti un vuoto di garanzie che deve essere colmato da un'adeguata produzione normativa. Il suo superamento richiederebbe perciò la ragione giuridica e politica, dopo i due mutamenti prodottisi con le due rivoluzioni istituzionali della modernità – la fondazione *gius-positivistica* dello Stato come sfera pubblica eteronoma e separata

dalle sfere private, e poi la fondazione *gius-costituzionalistica* della democrazia attraverso la garanzia delle sue diverse dimensioni mediante i limiti e i vincoli imposti ai poteri politici – un terzo mutamento di paradigma del diritto e delle istituzioni politiche: la fondazione *gius-cosmopolitica* di una sfera pubblica e di un costituzionalismo sovranazionale, cioè di limiti e vincoli a garanzia dei diritti, imposti ai poteri sovrastatali contro le molteplici crisi – economiche, politiche, ecologiche e sociali – provocate dal loro odierno carattere predatorio e selvaggio. È poi evidente che la sottoposizione di tali poteri ai principi di legalità e di completezza equivarrebbe altresì a una riabilitazione del ruolo di governo della politica, della quale la legge è pur sempre un prodotto.

Proprio la crisi economica in atto e le catastrofi da essa provocate o minacciate potrebbero peraltro rappresentare un'occasione, a causa della necessità e dell'urgenza di misure pubbliche sovrastatali in grado di fronteggiarla dopo il fallimento delle politiche liberiste, per far compiere un passo avanti al processo di integrazione, sia europeo che internazionale. Mai come oggi, di fronte alla gravità della crisi, si è rivelata la mancanza drammatica di un governo politico sovranazionale dell'economia, in grado di imporre regole, limiti e controlli alla finanza internazionale onde impedirne gli attacchi speculativi. Ciò che si richiede è perciò lo sviluppo del paradigma costituzionale all'altezza dei nuovi luoghi, non più statali ma extra- o sovrastatali, nei quali si sono spostati i poteri e le decisioni: in breve la costituzionalizzazione del diritto internazionale, sia pubblico che privato¹³³».

133 *Ivi*, pp.186-189

Conclusione

Possiamo quindi dire che la nostra epoca, in cui si esaltano massimamente le libertà, è l'epoca del ritorno del dispotismo assoluto, dispotismo che ha cambiato faccia e che Tocqueville già vide quasi profeticamente, quando scrisse «Se cerco di immaginarmi il nuovo aspetto che il dispotismo potrà avere nel mondo, vedo una folla innumerevole di uomini eguali, intenti solo a procurarsi piaceri piccoli e volgari, con i quali soddisfare i loro desideri. Ognuno di essi, tenendosi da parte, è quasi estraneo al destino di tutti gli altri: i suoi figli e i suoi amici formano per lui tutta la specie umana; quanto al rimanente dei suoi concittadini, egli è vicino ad essi, ma non li vede; li tocca ma non li sente affatto; vive in se stesso e per se stesso e, se gli resta ancora una famiglia, si può dire che non ha più patria. Al di sopra di essi si eleva un potere immenso e tutelare, che solo si incarica di assicurare i loro beni e di vegliare sulla loro sorte. È assoluto, particolareggiato, regolare, previdente e mite. Rassomiglierebbe all'autorità paterna se, come essa, avesse lo scopo di preparare gli uomini alla virilità, mentre cerca invece di fissarli irrevocabilmente nell'infanzia, ama che i cittadini si divertano, purché non pensino che a divertirsi. Lavora volentieri al loro benessere, ma vuole esserne l'unico agente e regolatore; provvede alla loro sicurezza e ad assicurare i loro bisogni, facilita i loro piaceri, tratta i loro principali affari, dirige le loro industrie, regola le loro successioni, divide le loro eredità; non potrebbe esso togliere interamente loro la fatica di pensare e la pena di vivere?. Così ogni giorno esso rende meno necessario e più raro l'uso del libero arbitrio, restringe l'azione della volontà in più piccolo spazio e toglie a poco a poco a ogni cittadino perfino l'uso di se stesso¹³⁴». Scrive, a tal proposito, Caboara che «il dispotismo è il

134A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, BUR, Milano 2007, libro III, parte IV, cap. VI, *Quale specie di dispotismo devono temere le nazioni democratiche*, p. 732

nemico più pericoloso che insidia la vita della democrazia. Contro di esso bisogna, dunque, costantemente vigilare», poiché, se esso prende piede, «ai popoli è preclusa ogni possibilità di ribellione, in quanto viene loro sottratta abilmente ogni energia; la stessa attività della mente rimane paralizzata e l'individuo si acquieta nella nuova servitù, inerte e inebetito¹³⁵». Tocqueville continua così «Dopo avere preso a volta a volta nelle sue mani potenti ogni individuo ed averlo plasmato a suo modo, il sovrano estende il suo braccio sull'intera società; ne copre la superficie con una rete di piccole regole complicate, minuziose ed uniformi, attraverso le quali anche gli spiriti più originali e vigorosi non saprebbero come mettersi in luce e sollevarsi sopra la massa; esso non spezza le volontà, ma le infiacchisce, le piega e le dirige; raramente costringe ad agire, ma si sforza continuamente di impedire che si agisca; non distrugge, ma impedisce di creare; non tiranneggia direttamente, ma ostacola, comprime, snerva, estingue, riducendo infine la nazione a non essere altro che una mandria di animali timidi ed industriosi, della quale il governo è il pastore. Ho sempre creduto che questa specie di servitù regolata e tranquilla, che ho descritto, possa combinarsi meglio di quanto si immagini con qualcuna delle forme esteriori della libertà e che non sia impossibile che essa si stabilisca anche all'ombra della sovranità del popolo.¹³⁶»

Ecco, dunque, in cosa consiste questo nuovo tipo di dispotismo: non siamo più di fronte ad un potere violento ed oppressivo, quale quello incarnato nella figura di un sovrano che possiede un potere illimitato e può disporre della vita e dei beni dei propri sudditi; ci troviamo dinanzi ad una forma di dominio ancora più pericolosa e potente, perché è capace di penetrare zone che il dispotismo¹³⁷ non è mai riuscito ad

135 L. Caboara, *Democrazia e libertà nel pensiero di Alexis de Tocqueville*, Hoepli, Milano, 1986, p. 26

136 A. de Tocqueville, *op. cit.*, 2007, p. 732

137 Utilizzo, in questa sede, il termine *dispotismo* riferendomi ad una definizione il più possibile generale, che non vuole rifarsi nello specifico ad autori che, nei secoli, hanno elaborato teorie diverse riguardo a questa categoria; in quest'ottica, «il dispotismo è quella forma di governo in cui colui che detiene il potere ha nei riguardi dei suoi soggetti lo stesso tipo di rapporto che il padrone ha nei riguardi degli schiavi in suo possesso.» Cfr. voce *Dispotismo* in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, Torino, 2007, p. 267.

intaccare; i suoi effetti hanno, infatti, presa sulla coscienza e sulla volontà dei singoli cittadini, agiscono sulle loro idee, sui loro costumi, sui sentimenti, sui loro pensieri. Dalla sfera individuale si giunge facilmente a quella sociale: se l'individuo è annullato in ciò che lo rende pienamente umano, unico e distinguibile dagli altri, sarà facile per l'immenso potere tutelare estendere la sua influenza su una massa di individui spersonalizzati e atomisticamente accostati l'uno all'altro. Caboara osserva che quando «le condizioni sociali si livellano si trova un sempre maggior numero di individui che altro non desiderano se non di poter bastare a se stessi. Si disinteressano allora della vita collettiva o dello Stato e cessano di amare quella libertà politica che avevano in un primo tempo desiderato. [...] E da questa *apatia generale* scaturisce, necessariamente e ineluttabilmente, la tirannide»¹³⁸.

Date queste premesse è evidente che la situazione sia di una gravità impressionante e forse condannerà diverse generazioni a vivere in una condizione di sempre maggiore povertà e di restrizione degli spazi democratici. Avendo ben presente il monito di Montesquieu sulla vocazione di chiunque abbia un potere «ad abusarne, procedendo fino a quando non trova limiti» e sulla necessità «perché non si possa abusare del potere [...] che il potere freni il potere»¹³⁹, Ferrajoli dal canto suo fa una proposta chiara, l'espansione del costituzionalismo: «L'espansione del costituzionalismo e delle connesse garanzie, in ottemperanza alle sue prescrizioni normative e all'altezza dei nuovi poteri economici globali sarà quindi proposta come il compito principale della politica e come la sola alternativa razionale ad un futuro di disordini, di violenze, di oppressioni e disuguaglianze, oltre che di involuzioni autoritarie e antidemocratiche»¹⁴⁰. Proposta che probabilmente rimarrà inascoltata ma per lo meno non si potrà dire che non ci fossero alternative.

Vorrei chiudere questo lavoro con queste parole di Max Weber. «La politica», egli scrisse, «consiste in un lento e tenace superamento di dure difficoltà, da

138 L. Caboara, *op. cit.*, 1986, pp. 80-81.

139 Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. di S. Cotta, Utet, Torino 1952, II, XI, cap. 4, p. 274

140 L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2013, introduzione, p. VII

compersi con passione e discernimento al tempo stesso. È perfettamente esatto, e confermato da tutta l'esperienza storica, che il possibile non verrebbe raggiunto se nel mondo non si ritentasse sempre l'impossibile». Per questo, egli aggiunse, chi ha la passione per l'impegno politico «deve foggarsi quella forza d'animotale da poter reggere anche al crollo di tutte le speranze, e fin da ora, altrimenti non sarà nemmeno in grado di portare a compimento quel poco che oggi è possibile. Solo chi è sicuro di non venir meno anche se il mondo, considerato dal suo punto di vista, è troppo stupido e volgare per ciò che egli vuole offrirgli, e di poter ancora dire di fronte a tutto ciò: “Non importa, continuiamo!”, solo un uomo siffatto ha la “vocazione” per la politica»¹⁴¹.

141 M. Weber, *La politica come professione* (1919), in Id., *Il lavoro intellettuale come professione* (1948). trad. di Antonio Giolitti, Einaudi, Torino, 1980, pp. 120-121

BIBLIOGRAFIA

- Ferrajoli, L., *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 1963, pp. 320-362
- Ferrajoli, L., *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», I, 1965, pp. 55-105
- Ferrajoli, L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», I, 1966, pp. 290-304
- Ferrajoli, L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 1967a, pp. 514-545
- Ferrajoli L., *Teoria assiomatizzata degli atti e delle situazioni giuridiche*, in *Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma*, III serie, Milano, Giuffrè, 1967b
- Ferrajoli L., *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, in *Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma*, III serie, Milano, Giuffrè, 1970
- Ferrajoli, L., *Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario*, «Problemi del socialismo», 1973, pp. 801-818
- Ferrajoli, L. *Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria*, «Problemi del socialismo», 1974a, pp. 420-439
- Ferrajoli, L., *Difesa della salute in fabbrica e articolo 9 dello statuto dei lavoratori*, in *La salute in fabbrica* [atti del convegno di Firenze, 10-11 novembre 1973], Roma, Savelli, vol. I, 1974b, pp. 76-85
- Ferrajoli, L., *Segreto e informazione nello stato contemporaneo*, «Democrazia e diritto», 4, 1974c, pp. 721-727

- Ferrajoli, L., *Aborto e ideologia borghese della tutela della vita*, «Quale giustizia», 34-35, 1975, pp. 553-556
- Ferrajoli, L., *1977: Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, «La questione criminale», 3, 1977, pp. 96-112
- Ferrajoli, L. e Zolo, D., *Marxismo e questione criminale*, «La questione criminale», 1, 1977, pp. 97-133
- Ferrajoli, L., Zolo, D., *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, Feltrinelli, 1978
- Ferrajoli, L., *Stato autoritario, leggi liberticide, involuzione costituzionale*, «Quaderni di Democrazia Proletaria», 4, 1978, pp. 7-16
- Ferrajoli, L., *L'infausto abbecedario della scolastica terzinternazionalista*, «Il Manifesto», 24 luglio, 3, 1979a
- Ferrajoli, L., *Parlamento illusorio e parlamento reale*, in *Il Parlamento nella costituzione e nella realtà*, Milano, Giuffrè, 1979b, pp. 435-443
- Ferrajoli, L., *¿A quiénes debe servir la justicia revolucionaria? Derechos, garantías y mistificación jurídica*, in *La justicia en la revolución*, Mexico, Editorial Popular de los Trabajadores, 1981, pp. 183-188
- Ferrajoli, L., *Carcere e diritti fondamentali*, «Questione giustizia», 2, 1982, pp. 351-359
- Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pref. di N. Bobbio, Bari, Laterza, 1989
- Ferrajoli, L., *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione*, in L. Gianformaggio (a cura di) *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993a, pp. 457-520
- Ferrajoli, L. (1993b). *Cittadinanza e diritti fondamentali*, «Teoria politica», 3, 1993b, pp. 63-76

- Ferrajoli, L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 263-292
- Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1995
- Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali*, «Teoria politica», 2, 1998, pp. 3-33
- Ferrajoli, L., *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica del diritto*, in *Logos dell'essere, logos della norma. Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri*, Bari, Adriatica Editrice, 1999a, pp. 907-950
- Ferrajoli, L., *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, «Teoria politica», 1, 1999b, 49-92
- Ferrajoli, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999b
- Ferrajoli, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Fundación Fes, 2000
- Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, a cura di E. Vitale*, Roma-Bari, Laterza 2001
- Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Mexico D.F., Fontamara, 2004
- Ferrajoli, L., Habermas, J., Häberle, P., *La constitucionalización de Europa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004
- Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004
- Ferrajoli, L., Atienza, M., *Jurisdicción y argumentación el Estado constitucional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005
- Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006

- Ferrajoli, L., *Derecho penal mínimo y otros ensayos, con presentazione di M. Carbonell*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Aguascalientes, 2006, pp. 72
- Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. 2, Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza 2007
- Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. 3. La Sintassi del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007
- Ferrajoli, L., Moreso J. J., Atienza, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional, a cura di G. Pisarello e R. García Manrique*, Madrid, Fundación Colloquio Jurídico Europeo, 2008
- Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed.*, Madrid, Trotta [1999], 2010
- Ferrajoli, L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011
- Ferrajoli, L., Ruiz Manero, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012
- Ferrajoli, L., *En debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012
- Ferrajoli, L., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013
- Ferrajoli, L., *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013
- Ferrajoli, L., Ruiz Manero, J. *Un debate sobre principios constitucionales, edición de P. P. Grandez Castro*, Lima, Palestra, 2014

Ferrajoli, L., *Escritos sobre el derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, a cura di N. Guzmán, Vol. 1*, Caba (Argentina), Hammurabi, 2014

Ferrajoli, L., *Escritos sobre el derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, a cura di N. Guzmán, Vol. 2*, Caba (Argentina), Hammurabi, 2014

Ferrajoli, L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale, a cura di D. Ippolito e S. Spina, con presentazione di D. Ippolito e S. Spina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014

Ferrajoli, L., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale, a cura di D. Ippolito e F. Mastromartino, con prefazione di D. Ippolito e F. Mastromartino*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015

Ferrajoli, L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016

Letteratura secondaria:

Anastasia S. (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli Editore, 2011

Andrés Ibañez P., *Garantismo: una teoria critica de la jurisdicción*, in M. Carbonell e P. Salazar (a cura di), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005

Arendt H., *Sulla rivoluzione*, Milano, Comunità, 1983

Aristotele, *Politica. Costituzione degli ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Laterza, Bari, 1972

Azzariti G., *Ferrajoli e i costituzionalisti*, in Anastasia S. (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli Editore, 2011

- Bedeschi G., *La fabbrica delle ideologie. Il pensiero politico italiano del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2002
- Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984
- Battaglia F., *Le Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francisco)*, Firenze, Sansoni, 1947
- Battaglia F., *Nuovi scritti di teoria dello stato*, Milano, Giuffrè, 1955
- Berlin I., *Due concetti di libertà* (1958), Feltrinelli, Milano, 2000
- Bobbio N., *Eguaglianza ed egualitarismo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1976, pp. 321 ss.
- Bobbio N., *La regola di maggioranza: limiti e aporie* (1981), in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999
- Bobbio N., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984
- Bobbio N., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1985
- Bobbio N., Matteucci N., Pasquino G. (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 2007
- Bodin J., *Sei libri dello stato*, (1586), I, trad. it., UTET, Torino, 1997
- Bonanate L., *Una giornata nel mondo. Le contraddizioni della teoria democratica*, Milano, Mondadori, 1996
- Brown W., *Neoliberalism and the End of Liberal Democracy* (2003) ora in W. Brown, *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton University Press, Princeton 2005
- Caboara L., *Democrazia e libertà nel pensiero di Alexis de Tocqueville*, Hoepli, Milano, 1946
- Canfora L., *Critica della retorica democratica*, Laterza, Roma-Bari, 2002
- Canfora L., *La democrazia, storia di un'ideologia*, Laterza, Roma-Bari, 2004

- Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 1988
- Cassese S., *Crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari, Laterza, 2002
- Cassirer E., *Il mito dello Stato*, Milano Longanesi, 1950
- Chomsky N., Herman E.S., *La fabbrica del consenso*, Milano, M. Tropea editore, 1998
- Costa, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, vol. 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000
- Costa, P. *Proprietà e cittadinanza nell'Europa moderna: una mappa tematica*, «Parolechiave», 30, 2003, 31-60.
- Crouch C., *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003
- Dahl R.A., *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, Milano, Franco Angeli, 1981
- Del Vecchio G., *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, Giuffrè, 1963
- De Ruggiero G., *Storia del liberalismo in Europa (1925)*, Roma-Bari, Laterza, 1984
- Dogliani M., *Potere costituente*, Torino, Giapichelli, 1986
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982
- Fioravanti M., *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Torino, Giapichelli, 1991
- Friedman M., *the Methodology of Positive Economics*, in Id. *Essay in positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953
- Friedrich C.J., *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, Neri pozza, 1963
- Galli C., *Genealogia della politica*, Bologna, Il Mulino, 1995
- Gallino L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2011
- Gallino L., *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino Einaudi, 2013

- Gerber, K.F. *Sui diritti pubblici (1852)*, in Idem, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971
- Hayek F.A. Von, *La società libera*, Firenze, Vallecchi, 1969
- Henry J.F., *The Ideology of the Laissez Faire Program*, Journal of Economic Issues, Vol. XLII, March, 2008
- Ippolito D., *Ferrajoli e i costituzionalisti*, in Anastasia S. (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli Editore, 2011
- Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi (1892)*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912
- Jellinek, G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949
- Kant I., *Principi metafisici della dottrina del diritto [1797]*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. di G. Solari e G. Vidari, Utet, Torino, 1965
- Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello stato (1945)*, trad. it., Edizioni di comunità, Milano, 1959
- Kelsen H., *Chi deve essere il custode della costituzione? (1931)*, trad. it. In Id., *La giustizia costituzionale*, a cura C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981
- Kelsen H., *Essenza e valore della democrazia (1929)*, in Id., *La democrazia, con un'introduzione di M. Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2006
- Le Bon G., *Psicologia delle folle*, a cura di P. Melograni, Milano, Mondadori, 1982
- Leopardi G., *Zibaldone*, edizione critica e annotata a cura di Giuseppe Pacella, 2 voll., Milano, Garzanti, 1991
- Lippmann W., *L'opinione pubblica*, Milano, Comunità, 1963
- Macpherson C.B., *The Political Theory of Possesive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1962
- Maranini G., *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Vallacchi, 1967

- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class (1950)*, in Id., *Class, Citizenship and Social Development*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1963
- Marx K., Engels F., *Manifesto del partito comunista (1848)*, Roma-Bari, Laterza, 1964
- Matteucci N., *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1987
- Matteucci N., *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Il Mulino, Bologna 1990
- Matteucci N., *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bologna, 1993
- Matteucci N., *Costituzionalismo*, in N. Bobbio-N, Matteucci, *Dizionario di politica (1976)*, Torino, Utet, 2004
- Montaigne, *Essais*, in OC, trad. it. Saggi, a cura di F. Garavini, 2 voll., Milano 1982
- Nozick R., *Anarchia, stato e utopia*, Firenze, Le Monnier, 1981
- Pannikar R., *I fondamenti della democrazia: forza, debolezza, limite (1997)*, trad. it., Roma, Edizioni lavoro, 2000
- Pareto V., *Trasformazione della democrazia*, Milano, Corbaccio 1921; ried. A cura di E. Susca, introduzione di D. Losurdo, Roma, Ed. Riuniti, 1999
- Passerin d'Entrèves A., *Dottrina dello Stato*, Torino, Giapichelli 1962
- Pazè V., *In nome del popolo. Il problema democartico*, Laterza, Roma - Bari 2011
- Pohlenz M., *La libertà greca*, Brescia Paideia, 1963
- Platone, *La Repubblica*, in Tutti gli scritti, a cura di Giovanni Reale, Rusconi, Milano, 1991
- Prodi P., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992
- Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982
- Rescigno G.U., *La democrazia costituzionale di Luigi Ferrajoli*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3, 2008
- Romano S., *Teoria dei diritti pubblici soggettivi (1897)*, Milano, Società Editrice Libreria, 1900

Romano S., *L'ordinamento giuridico* (1918), III ed., Firenze Sansoni, 1977

Rousseau J.J., *Del contratto sociale* (1762), trad. Di R. Mondolfo, in Id., *Opere*, a cura di P. Rossi, Firenze, Sansoni, 1972

Sartori G., *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 1957

Sartori G., *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987

Schumpeter J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. di E. Zuffi, Edizioni di comunità, Milano, 1955

Sieyès E.J., *Che cosa è il terzo stato?* [1788], trad. di U. Cerroni, Editori Riuniti, Roma, 1992

Stuart Mill J., *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Ed. Riuniti, 1997

de Tocqueville A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, BUR, Milano 2007

de Tocqueville A., *Una rivoluzione fallita. Ricordi del 1848-1849*, trad. it. A cura di A. Amodeo, Bari, Laterza, 1939

de Tocqueville A., *Scritti, note, discorsi politici*, a cura di U. Coldaggelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1994

Weber M., *La politica come professione* (1919), in Id., *Il lavoro intellettuale come professione* (1948). trad. di Antonio Giolitti, Einaudi, Torino, 1980

Weber M., *Economia e società, V: La città*, Roma, Donzelli, 2003