

NEOCOSTITUZIONALISMO E DEMOCRAZIA

Giovanni Messina

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facoltà di Giurisprudenza.
Università di Catania*

RESUMEN:

El universalismo de los derechos fundamentales es el paradigma del cosmopolitismo contemporáneo. La teoría jurídica y la filosofía política fundan sobre el principio de los derechos inviolables del individuo los propios proyectos institucionales y los modelos morales. Sin embargo, la centralidad del principio de los derechos, y su estrecha relación con el papel esencial que ocupa la constitución en la teoría universalista plantea el problema de la compatibilidad con el carácter 'positivo' del derecho moderno y con el valor de la democracia.

Este trabajo se confronta con algunos de los teóricos más representativos de esta aproximación, llamados por muchos 'Neoconstitucionalismo' y, en particular, con los trabajos de Gustavo Zagrebelsky y de Luigi Ferrajoli a través del análisis de las contradicciones que se hacen visibles respecto a los presupuestos del iuspositivismo y del principio democrático.

Palabras clave: derechos fundamentales – constitucionalismo – democracia – neopositivismo.

ABSTRACT:

The Universalism of Human Rights is the Paradigm of the contemporary Cosmopolitanism. Legal Theory and Political Philosophy ground on the Principle of the individual inviolable Rights their institutional Projects and their moral Patterns. The central Role of the Principle of Rights and its closed Relation with the essential Position that Constitution occupies in the universalistic Theories involve the Problem of Compatibility with the Features of 'Artificiality' and 'Positivity' of the modern Law and with the Value of Democracy.

Key words: Fundamental rights – constitutionalism – democracy – Neopositivism.

1. LA CRISI DELLA SCIENZA GIURIDICA E GLI SLITTAMENTI DEL GIUSPOSITIVISMO

Nonostante la 'grande narrazione' della globalizzazione abbia ormai perso la capacità di affascinare come descrizione di un futuro prossimo venturo di prosperità e pace tra i popoli, il tema della crisi della sovranità statale che essa ha posto come nuova questione giuridico-istituzionale rimane certamente centrale nel dibattito teorico politico e nella riflessione propria alla scienza giuridica¹. I processi economici e politici degli ultimi vent'anni hanno determinato quella crisi della normatività giuridica con la quale non possiamo non fare i conti e che si manifesta nella messa in discussione della tradizionale teoria delle fonti del diritto e nell'impossibilità di ricostruire l'unità dell'ordinamento giuridico intorno al fulcro dell'istituzione pubblica per eccellenza, lo Stato². Oltre le vicende dello spazio politico e giuridico europeo, il moltiplicarsi delle dimensioni normative, la pluralità degli ordinamenti giuridici che sembra contrassegnare una nuova epoca di sovrapposizione istituzionale (un nuovo medioevo)³, sono affrontate dalla cultura giuridica e dalla riflessione politologica con una rinnovata attenzione al tema della costruzione di un governo mondiale e con la riproposizione dell'universalismo dei diritti umani⁴. La presentazione del principio/valore dei diritti soggettivi universali come architrave di una costruzione cosmopolitica viene argomentata da molti studiosi in una maniera che è già stata chiamata neocostituzionalismo e che mette in discussione l'incompatibilità tra la tradizione giusnaturalistica e quella giuspositivistica⁵.

Negli ultimi decenni la grande distinzione tra giusnaturalismo e giuspositivismo sembra essere entrata in crisi e non essere più scontata o, quantomeno, non esaurire più le possibilità di definire e concepire il diritto avendo acquisito sempre maggiore rilevanza una terza alternativa, mediana tra le due⁶. Seppure a guardar bene la storia delle

1 Piuttosto che nel celebre libro di F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992, l'approccio apologetico alla globalizzazione è, a nostro avviso, ben rappresentato da T. Friedman, *The Lexus and the Olive Tree*, Farrar, Straus, Giroux, 1999 e da K. Ohmae che, in *The End of the Nation State*, New York, Free Press, 1995, ha affermato la fine dell'epoca della statualità. Per la critica a tale analisi che ne ha denunciato il carattere ideologico è mistificante si veda P. Bourdieu (1998), *Controfuochi. Argomenti per resistere all'invasione neoliberista*, I libri di Reset, Roma 1999 e I. Wallerstein, *The Decline of American Power*, New York-London, The New Press, 2003 (trad. it., *Il declino dell'America*, Milano, Feltrinelli, 2004). Ma in senso critico anche M. Hardt e A. Negri, *Empire*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2000. Da ultimo si veda la ricostruzione che degli eventi di questi anni viene fatta da J. R. Capella in *Entrada en la barbarie*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

2 Sulla crisi della cultura giuridica si vedano N. Irti, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004; M. Barcellona, *Critica del nihilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006; G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006.

3 Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando editore, 2005 e, per una tematizzazione diversa del pluralismo giuridico, B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, London-Edinburgh, Butterworths, 2002.

4 Sul tema della costruzione di un assetto istituzionale globale, tematizzata solitamente come la questione della *Global Governance*, si può vedere per un approccio generale D. Held e A. McGrew (edited by), *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, 2002. Vedi pure S. Maffettone, *La pensabilità del mondo. Filosofia e governance globale*, Milano, il Saggiatore, 2006.

5 Si veda S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

6 M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, pagg. 45-51 e 175-178; L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, Torino, Giappichelli, 1993, pag. 26 e 37; G. Palombella, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pag. 3 e ss.

dottrine giuridiche questa possibile 'confusione' tra concezione 'positivistica' e concezione 'naturalistica' del fenomeno giuridico non è poi così eccezionale ed eccentrica nella tradizione di riflessione sull'essenza del diritto⁷, oggi molti autori segnalano l'avvenuto avvicinamento tra approccio giuspositivistico e approccio giusnaturalistico, che può in fin dei conti esser visto come il graduale indebolimento della rigidità dell'approccio positivistico al diritto, che è stato l'atteggiamento dominante tra i giuristi almeno sin dagli ultimi decenni dell'Ottocento⁸.

A consentire e, allo stesso tempo, provocare questa convergenza è stato l'assetto del diritto internazionale e costituzionale configuratosi alla fine della seconda guerra mondiale⁹. La necessità di una risposta politica eticamente forte così come comportò un diffuso ritorno al giusnaturalismo¹⁰ condizionò profondamente l'attività dei costituenti nella stesura delle carte costituzionali, che furono pensate e costruite come documenti destinati ad affermare valori e progetti politici di ampio respiro ideale¹¹. Proprio l'ingresso negli assetti costituzionali di concetti gravidi di significati assiologici e in parte appartenenti alla teoria giusnaturalistica moderna spinge a prefigurare il pericolo, in riferimento alle tendenze dottrinali che ne sono seguite, di "imperialismo della morale"¹² alludendo, per l'appunto, alla fine della separazione tra diritto e morale che questo fenomeno e i paralleli esiti dottrinali avrebbero causato.

Se la cultura giuridica ha subito una svolta provocata dalla "costituzionalizzazione del diritto"¹³, che ha messo in crisi il postulato (giuspositivistico) della scienza giuridica degli ultimi due secoli, ossia la nettezza della separazione tra sfera della normatività giuridica e sfera della normatività morale¹⁴, le implicazioni e le conseguenze teoriche e pratiche del dibattito intorno allo spessore prescrittivo del contenuto costituzionale sono mutate man mano che il quadro di riferimento giuridico-istituzionale della riflessione si è allargato alla spazialità extrastatale. Questo graduale spostamento d'attenzione si è notevolmente consolidato durante l'ultimo decennio del XX secolo. Al di là delle evoluzioni del diritto internazionale, che nel corso degli anni ha assunto sempre maggiore incidenza nelle relazioni tra gli Stati e nelle politiche (interne) economiche e sociali di essi¹⁵, lo sfondo sempre più extrastatale del dibattito teorico giuridico è sicu-

7 Basta rinviare a N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pag. 127 e ss.. Cfr. G. Peces-Barba Martinez, *Los derechos humanos ante Problemas Clasicos de la Filosofia del Derecho*, AA. VV., *Rights*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1997.

8 Cfr. L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, Roma, Carocci, 1999, pag. 96; G. Palombella, *L'autorità dei diritti*, cit., pagg. 60-62. Osservazioni in tal senso anche in A. Catania, *Stato, cittadinanza, diritti*, Torino, Giappichelli, 2000.

9 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, pagg. 84-87; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994. Vedi pure S. Rodotà, *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai giorni nostri*, Donzelli editore, Roma 1997, pag. 95 e ss.

10 G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, vol. III; G. Carcaterra, *Lezioni di filosofia del diritto. Norme giuridiche e valori etici*, Bulzoni, Roma 1993, pagg. 23-24; si confronti pure G. Stella, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Giuffrè, Milano 1990, pagg. 1-49 e 155 e ss..

11 Su ciò per esempio si può vedere l'introduzione e il saggio di P. P. Portinaro (*Il grande legislatore e il custode della costituzione*) in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

12 M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in <Ragion pratica>, 14, 2000. Pure in M. Jori si trova un'affermazione di questo genere, in *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001.

13 R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico italiano*, in <Ragion pratica>, 11, 1998.

14 H.L.A. Hart, *The concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961.

15 U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina (Enna), Città aperta, 2002.

ramente conseguenza della necessità di fronteggiare le richieste di normatività e disciplinamento provenienti dall'economia e dalla società civile trasformate dai cosiddetti processi di globalizzazione¹⁶. Nel corso degli ultimi decenni, come si è detto, la tesi della positivizzazione di principi morali e in specie dei diritti naturali dell'uomo¹⁷ è stata sempre più diffusamente sviluppata nel contesto di un orizzonte politico-istituzionale universalistico, come parte cioè di una teoria cosmopolitica delle istituzioni giuridiche¹⁸. I contenuti delle costituzioni del dopoguerra e degli atti fondamentali del diritto internazionale, del resto, sembrano aver realizzato il progetto illuministico fondato sull'idea dei diritti inviolabili dell'uomo e della pace tra i popoli attraverso uno Stato mondiale o, comunque, un assetto organizzativo delle relazioni tra gli Stati.

Gli autori che si schierano e si battono con vigore per l'evoluzione istituzionale nella direzione di una democrazia cosmopolitica come Richard Falk e David Held¹⁹ sono così in sintonia con gli esiti della dottrina costituzionalistica che (almeno nell'ambito europeo-continentale), a partire dagli anni Settanta, ha iniziato un non ancora compiuto lavoro di revisione della tradizionale maniera di intendere la funzione della costituzione, del suo posto nella struttura dell'ordinamento giuridico e del suo rapporto con l'interpretazione della legge.

Nel suo libro più noto Gustavo Zagrebelsky, che è uno dei più rappresentativi tra gli studiosi che hanno sostenuto questa revisione, presentava il nuovo approccio alla costituzione come un programma da realizzare consistente in un profondo mutamento di mentalità dei giuristi²⁰. Considerati questi sviluppi, non pare ipotesi peregrina ritenere che la spinta di fondo (ideologico-politica) che portò la cultura giuridica europea (e italiana in special modo) negli anni Settanta a pensare la costituzione come piattaforma normativa da interpretare e realizzare, al di là e anche contro la politica, rispettandone i contenuti politici e assiologici e prendendoli come giuridicamente 'azionabili'²¹, si sia incontrata con quella lettura (filosofica) delle istituzioni politiche che ha individuato i principi fondamentali, legittimanti l'ordinamento politico-sociale, nei diritti di libertà dei singoli²².

È questa la famosa tesi sostenuta da Ronald Dworkin in cui l'idea dei principi (allo stesso tempo morali e giuridici) si lega esplicitamente a quella dei diritti come fon-

16 Vedi L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni*, Bologna, il Mulino, 2000. Cfr. P. Mercado Pacheco, *Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización*, in *Annales de la cátedra Francisco Suárez*, n. 32, Granada 1995.

17 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pagg. 154-158; G. Peces-Barba Martínez, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid 1987.

18 L. Bonanate, *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001; L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 1994. Vedi soprattutto R. Falk, *The Rights of Peoples*, in AA. VV., *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

19 R. Falk, *On Human Governance: Toward a New Global Politics*, Philadelphia, Pennsylvania University Press, 1995; D. Held, *Global Covenant. The social democratic alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 2004.

20 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pag. 4. Si veda pure *La dottrina costituzionale del diritto vivente* in <Giurisprudenza costituzionale>, I, 1986. Questa trasformazione di mentalità dei giuristi si incontra (e in uno studioso come Zagrebelsky come in pochi altri) con quella trasformazione che l'approccio ermeneutico sembra richiedere rispetto alla consueta attività della scienza giuridica. Su questo tema esemplare il saggio di F. Viola, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in (a cura di G. Nicolaci) *La controversia ermeneutica*, Jaca Book, Milano 1989.

21 Del disagio avvertito dagli studiosi della carta costituzionale di fronte alle 'inadempienze' e ai 'ritardi' del legislatore nell'applicare la Costituzione un sintetico resoconto per l'esperienza italiana in T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, pagg. 256-261.

22 All'operazione critica (del positivismo dominante in area anglosassone) svolta da Ronald Dworkin è collegato il "neocostituzionalismo", tra gli altri, da M. Barberis, in *Neocostituzionalismo, democrazia*, cit., pag. 148.

damenti del diritto e delle istituzioni²³. Anzi, la fortunata accoglienza che l'opera di Dworkin ha avuto in Europa, nonostante essa fosse rivolta essenzialmente all'esperienza politica e giuridica americana e inglese, è probabilmente spiegabile con l'affinità che i significati di questa teoria presentano con le tendenze 'costituzionalistiche' europee²⁴.

Questo approccio filosofico-teorico è stato sempre più coniugato dentro una prospettiva universalistica in cui realizzare la prescrittività politico-pratica del fondante principio dei diritti. Così, oggi, autori esemplari dell'orientamento "costituzionalistico" appena descritto saldano le loro argomentazioni relative alla priorità normativa, entro i sistemi giuridici nazionali, dei diritti costituzionalmente sanciti con la tesi della necessità di affermare la fine della sovranità statale e la giustiziabilità dei diritti soggetti su un piano internazionale e perciò, quando è il caso, contro lo Stato²⁵.

L'attendibilità della ricostruzione appena fatta, che coglie in una visione unitaria percorsi diversi della cultura giuridico-politica della seconda metà del '900, è confermata dalla lettura che ancora Zagrebelsky dà dell'evoluzione del diritto costituzionale e dei paradigmi di riferimento della cultura giuspubblicistica²⁶. Il cambiamento del diritto e del paradigma di riferimento dei giuristi consiste nell'affermazione di un nuovo diritto costituzionale, che ha mutato la situazione precedente e secolare dell'esperienza politica occidentale determinando il tramonto del principio della sovranità statale intorno al quale ha ruotato l'esperienza giuridica europea, con le sue pratiche e con i suoi concetti²⁷. Il nuovo "Stato costituzionale", il diritto costituzionale dei nuovi assetti politici, afferma in diritto definitivamente la sovranità della legge (rispetto a quella degli uomini) come sovranità della costituzione che contiene norme superiori (principi) in base alle quali interpretare e orientare la mutevole (negli equilibri di forze) vita collettiva²⁸. Il contenuto prescrittivo e politico del diritto costituzionale, secondo questa prospettiva, è comune all'esperienza dei vari ordinamenti particolari ed esprime così un profilo coincidente con i principi che stanno alla base del "nuovo" diritto internazionale tanto che un autorevole giusinternazionalista come Antonio Cassese ha delineato l'esistenza di una "costituzione del mondo". Cassese, in riferimento al ruolo del principio dei diritti universali nel mondo (e nel diritto internazionale) contemporaneo, ha parlato di inserimento della "Ragione" nelle istituzioni²⁹.

23 R. Dworkin afferma che i principi sono diritti individuali, o meglio, a essi si rifanno (devono essere ricondotti), in *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977-1987, pagg. XI-XV, pag. 90 e 150-205. Un esempio del nesso forte che si può cogliere tra tesi 'costituzionalistiche' (o "neocostituzionalistiche") e teoria dei fondamenti di legittimità dell'ordine politico è in G. Peces-Barba Martinez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.

24 Sul tema del costituzionalismo degli ultimi decenni si veda G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, pagg. 15-20. È frequente il richiamo a Dworkin da parte di Zagrebelsky che per esempio ne riprende la distinzione tra regole e principi, sottolineando che i principi sono prevalentemente il tipo di norme che si trovano in costituzione pur potendovi essere delle disposizioni costituzionali regolative di precise fattispecie secondo chiari criteri; vedi *Il diritto mite*, cit., pagg. 147-150. Ma è l'opera di R. Alexy, coeva a quella di Dworkin, che traccia una linea di collegamento particolarmente evidente tra la dottrina dworkiniana e la sua messa in revoca della separazione tra i contenuti delle prescrizioni giuridiche e norme morali e la teoria costituzionalistica europea; vedi R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, pag. 17 e ss.

25 S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in <Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale>, anno LI, n. 4, 2000; A. Spadaro, *Gli effetti costituzionali della c. d. "globalizzazione"*, in <Politica del diritto>, n. 3, 1998.

26 G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaio e J. Luther, cit.

27 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pagg. 4-11.

28 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pagg. 11-17 e 20-50.

29 Ancor prima, come Zagrebelsky ricorda, Cassese 'vede' una costituzione internazionale in riferimento ai principi fondanti del diritto internazionale postbellico. Cfr. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

Dietro una diffusa condivisione dell'universalismo dei diritti o, comunque, dell'utilizzo del concetto di diritti individuali inalienabili e inviolabili come punto di riferimento assiologico delle politiche giuridiche contemporanee, sia sul lato 'interno' dell'esperienza giuridica (rapporto costituzione/ordinamento giuridico particolare) sia su quello 'esterno' (rapporto ordinamento particolare/ordinamento extranazionale), si scorgono però prospettive e sensibilità alquanto diverse. Superato il primo sguardo infatti, appare evidente che sotto il paradigma unitario del discorso sui diritti fondamentali dell'uomo vi sono diverse concezioni del diritto (e dei diritti) e che, nonostante il significato etico-normativo di un'idea come quella dei diritti universali pare essere intuitivamente abbastanza chiaro e definito, esso al contrario riveste opzioni politiche e valoriali molto lontane se non opposte³⁰. Basti, del resto, pensare al fatto che la teoria "neocostituzionalistica"³¹ è stata elaborata, come detto, a partire dagli anni Settanta prevalentemente in una specifica area politico-culturale della dottrina giuridica mirante, in buona sostanza, a supportare proposte politiche di 'sinistra' nel senso di sviluppare le potenzialità riformistiche delle costituzioni del dopoguerra (spesso chiamate "patto socialdemocratico")³². Ciò assume un certo interesse se si tiene presente che la ripresa dei temi costituzionalistici in funzione prevalentemente antigiuspositivistica (*versus* Bobbio) si può far risalire già ad uno scritto degli anni Sessanta di Matteucci³³ che riprendeva la tradizione giusnaturalistica del liberalismo classico. Allo stesso modo la teoria formulata da Dworkin, che è indubbiamente uno dei riferimenti teorici ispiratori dell'indirizzo che ha dato 'nuova' importanza alle costituzioni, è notoriamente diretta prioritariamente all'affermazione e rivendicazione 'garantistica' e 'libertaria' della sfera di intangibilità propria di ogni singolo individuo contro le azioni invasive della politica³⁴.

E per finire, il paradigma costituzionalistico è certamente condiviso da quegli autori che sostengono, in vario modo, il valore (filosoficamente) perspicuo e (eticamente) irrinunciabile del principio dei diritti umani rimanendo però, diversamente dall'atteggiamento prevalente nell'indirizzo neocostituzionalistico e che anzi lo caratterizza, decisamente entro l'alveo della riflessione giusnaturalistica, quando non teologico-metafisica³⁵.

30 Un'ampia trattazione di questo tema la si trova in F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000; ma anche in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

31 Cfr. P. Barcellona, *Il declino dello stato*, Bari, Dedalo, 1998, pagg. 181 e ss..

32 Di questo rilevante fenomeno politico-culturale che ha segnato un episodio in cui la cultura giuridica ha mostrato particolare porosità rispetto al contesto sociale, alle sue aspettative ed esigenze di superare conflitti e contrasti tra le classi sociali, si può trovare testimonianza nel volume (a cura di P. Barcellona) *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1973, in cui sono raccolti gli interventi svoltisi in un convegno che rappresentò un momento di elaborazione di questo orientamento dottrinale (il convegno si svolse a Catania).

33 Venivano soprattutto affermate le prerogative giurisdizionali nella contrapposizione al potere per la difesa dei limiti all'esercizio di esso; così in N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 1996, pag. 62. Questo rilievo è fatto da M. Barberis in *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, cit., pagg. 148-149.

34 A tal proposito è probabilmente essenziale ricordare che le tesi esposte in *Taking rights seriously* furono maturate da Dworkin durante gli anni Sessanta e comunque in relazione al clima sociale e alle discussioni politiche di quegli anni. Questa circostanza suggerisce linee di comprensione dell'opera del filosofo e giurista americano che la collegano alle spinte libertarie ed emancipatrici che contrassegnarono il clima culturale dei '60. Bisogna tener presente quello che è però da Dworkin dichiarato come principio fondante lo stesso valore del concetto di diritti e la politica (come azione mirante all'interesse pubblico): l'eguale riconoscimento e considerazione da parte delle istituzioni (*equal concern and respect*) che certamente innesta nel discorso dworkiniano una base di repubblicanesimo spesso non rilevata; vedi *Taking Rights Seriously*, cit..

35 Per questo orientamento, particolarmente indirizzato al mantenimento dell'attenzione della filosofia giuridica verso la metafisica e verso la giustizia, si può vedere F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000; F. Viola, *Giustizia e verità*, in <Filosofia e teologia>, n. 3, 2001.

Tale contesto ricopre di nuova importanza e rende ancora più significativo e necessario il confronto tra giuspositivismo e (neo)giusnaturalismo³⁶.

Questa considerazione si basa sulla convinzione che il confronto teorico tra giuspositivismo e giusnaturalismo si svolge oggi spesso su piani tematici e argomentativi che in certi casi sembrano stravolgere quella che dovrebbe essere la differenza qualitativa (teoretica) esistente tra l'uno e l'altro approccio al diritto; una differenza che è relativa all'individuazione di principi prepolitici e giuridicamente validi indipendentemente e oltre qualsiasi diritto posto, da un lato, e alla negazione dell'esistenza di principi siffatti; una negazione, quella tipica del positivismo giuridico, che, conseguentemente, permette (e ammette) di definire 'giuridico' solo l'insieme di norme che è posto dalle istituzioni in un dato contesto sociale politicamente stabilizzato³⁷. Il dibattito attuale sembra invece caratterizzato da una buona dose di ambiguità. Questa ambiguità è probabilmente dovuta, almeno in parte, alle cautele di molti autori nell'assumere una posizione ritenuta teoreticamente impegnativa e più fragile, nonostante le proprie inclinazioni ideali ed etiche³⁸. Lo stato di cose che si è sin qui cercato di descrivere suggerisce a qualcuno l'opportunità di ritenere non più utile la distinzione tra teorie giuspositivistiche e teorie giusnaturalistiche. A dire il vero è questa una tesi che fa spesso capolino in studiosi che possono farsi rientrare in ciò che si è chiamato "neocostituzionalismo" perchè, in fin dei conti, proprio il voler restare ancorati all'assunto metodologico (ma necessariamente anche teorico) positivistico, nonostante l'affermazione di un diritto indisponibile (il diritto costituzionale), è il connotato peculiare di questa dottrina.

Ciò che rende rilevanti sotto il profilo filosofico e teorico-giuridico le varie attuali versioni del costituzionalismo perciò è la contraddizione in esse solitamente presente tra la tesi di un diritto *supra et extra legem*, composto di principi universali, e il postulato normativistico per cui il diritto consiste di norme giuridicamente prodotte (secondo procedure e meccanismi istituzionali ben definiti), cioè frutto della dinamica istituzionale e politica. Per di più, nella maggior parte dei casi, e sicuramente nel caso degli autori più noti (Habermas, Zagrebelsky, Nino e Ferrajoli) a questi elementi si aggiunge il carattere saldamente democratico degli argomenti avanzati a sostegno della tesi sulla priorità normativa del tessuto costituzionale; le norme superiori sancite in costituzione e, segnatamente, i diritti fondamentali sono infatti interpretati come principi strutturanti la democrazia politica³⁹. Quanto questa impostazione risulti problematica e comporti per la riflessione giurico-politica questioni meritevoli d'essere affrontate lo si può dedurre dalla considerazione di alcuni passaggi significativi dell'autore che si è preso finora come riferimento principale.

36 Lo rimarca G. Palombella in *Filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1996, pag. 13.

37 Questa definizione si può trovare anche in R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pag. VII e pag. 17 e ss.

38 Questa ritrosia è presente anche in autori che sembrano più convinti ed esposti nel criticare il positivismo giuridico e il suo tener fuori dall'universo del diritto la morale. Per esempio Barberis osserva che gli stessi Dworkin e Alexy non si definiscono giusnaturalisti; così in M. Barberis, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 1993, pagg. 110-120. Per l'impostazione iniziale del discorso dworkiniano vedi *Taking Rights Seriously*, cit., pagg. 22 e ss e 46-48.

39 La versione più nota e probabilmente più discussa e influente negli ultimi anni è quella di J. Habermas, per cui, tra i tanti, il testo di riferimento è *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, 1992 (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996). La posizione habermasiana diverge dalle teorie che concepiscono la Costituzione come insieme di valori. Un'altra delle versioni più ispirate dall'ideale democratico è la formulazione di C. Nino, che ha suscitato un notevole interesse nell'ultimo decennio; vedi *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1999. Sulle teorie che cercano di coniugare struttura (normativa) dei diritti fondamentali e principio della democrazia deliberativa si veda per esempio il recente saggio di C. F. Zun, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in <Law and Philosophy>, vol. 21, n. 4/5, 2002.

In Zagrebelsky troviamo affermazioni che, seppure armonizzate in una trama argomentativa fluida ed efficace, non perdono, se lette insieme, la loro carica paradossale. Là dove Zagrebelsky si preoccupa di spiegare il portato e le implicazioni del “diritto costituzionale” dello “Stato costituzionale” appare chiaro che il contenuto indisponibile del diritto contemporaneo rimanda a percorsi tipici del giusnaturalismo moderno “Il primo grande compito delle costituzioni contemporanee sta nella capitale distinzione tra la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge.”⁴⁰ Le costituzioni hanno dichiarato principi assoluti per arginare definitivamente il potere e la contingenza politica⁴¹, ma ciò non significa aver rinunciato alla positività dell’esperienza giuridica “...i principi stabiliti dalla Costituzione non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d’orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di ‘positivizzare’ quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani.”⁴² L’esser ‘posto’ del diritto è un attributo irrecusabile perché consustanziale alla democraticità della vita collettiva, da Zagrebelsky dichiarata valore imprescindibile⁴³, tuttavia la politica, con i suoi compromessi e le sue conflittualità, non tutto può fare “...si potrebbe addirittura dire che le Costituzioni rispecchiano l’ordine naturale’ storico-concreto delle società politiche secolarizzate e pluralistiche... Non si tratta certamente di un diritto naturale nel senso classico...”⁴⁴. Il diritto costituzionale funziona come “diritto naturale” limitando le determinazioni politiche e permettendo ai giudici di orientare il proprio servizio verso la giustizia⁴⁵. Fino a che punto queste affermazioni possano essere conciliate è quanto sembra il caso di verificare.

Per un verso è il principio della democrazia che sembra venir pensato contraddittoriamente, ma è soprattutto la possibilità di considerare una simile teoria giuspositivistica che spinge ad approfondire l’analisi. Rispetto ai molteplici rinvii ‘ambigui’ che si incontrano nel leggere i ragionamenti ‘neocostituzionalistici’ può essere sufficiente ricordare un classico ‘momento’ kelseniano per evidenziare quante buone ragioni vi siano per dubitare che l’orientamento qui analizzato sia collocabile sotto l’etichetta del positivismo (normativismo) “Il concetto di diritto positivo si è sviluppato in opposizione a quello di diritto di ‘natura’. Sostenendo la ‘positività’ del diritto si rifiutava quella concezione giusnaturalistica che cercava di derivare il diritto dalla ‘ragione’, dalla ‘natura della cosa’, dalla morale o da un qualche altro ordinamento non specificamente giuridico, che credeva perciò di dover ricondurre la validità dell’ordinamento giuridico alla validità di un altro sistema normativo ritenuta superiore al diritto. L’elemento essenziale della veduta giusnaturalistica contestata dalla conoscenza positivista del diritto... risiede nel fatto che la teoria del diritto naturale considera legittima la validità di una norma affermata come diritto solo se questa si concilia con la ragione, la natura,

40 Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, pag. 57; in nota viene ribadito che “ Si intende che qui si parla dei diritti che riguardano l’uomo come tale, non l’uomo che entra in particolari rapporti giuridici...” , pag. 89 .

41 “...un ancoraggio a qualcosa di obiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo, era avvertito come indispensabile. Per questo, il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile, che potesse essere posto come punto d’attacco iniziale, ‘naturale’ e non controverso, di qualunque ordine sociale e politico, e dal quale non fosse possibile per nessuno distaccarsi.”, Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, pag. 89.

42 Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, pag. 155.

43 “Nella reazione contro il positivismo giuridico, non si sarebbe potuto passare integralmente dall’altra parte. Lo avrebbe impedito un’altra grande e irrinunciabile componente del costituzionalismo attuale: la democrazia. Essa porta con sé una conseguenza che impedisce l’affermazione integrale totale di qualsiasi concezione ‘naturale’ del diritto”, *Op. ult. cit.*, pag. 87-88.

44 G. Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, pag. 156.

45 Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, pagg. 156-157.

la morale o con qualche altro ‘superiore’ principio, mentre il positivismo considera valida anche la norma giuridica contraria alla ragione, alla natura o alla morale...⁴⁶.

La radicalità delle enunciazioni kelseniane amplifica le caratteristiche delle tesi costituzionalistiche oggi tanto condivise pur non ripudiando l’approccio normativistico. Le oscillazioni dottrinali tra primato di principi assoluti e primato dell’artificialità del diritto, oscillazioni attorno al dogma della rigidità della Costituzione, richiedono un approfondimento che miri a comprendere il significato complessivo del neocostituzionalismo.

Infatti, l’apertura dei sistemi giuridici a principi e valori definiti ed eticamente impegnativi ha mutato l’esperienza istituzionale europea, spingendo alla revisione del paradigma metodologico del positivismo giuridico e inducendo a considerare la previsione di obiettivi etico-politici quali possibili contenuti delle disposizioni fondamentali dell’ordinamento giuridico⁴⁷, ma ciò non ha però voluto dire, per sé, abbandono del giuspositivismo inteso nel senso rigoroso sopra precisato. La presa d’atto del mutamento istituzionale rappresentato dalle Costituzioni postbelliche per molti autori non ha voluto dire la riconsiderazione della dottrina secondo la quale non è possibile individuare norme e valori oggettivi e quindi un diritto “giusto” e universalmente valido, né conseguentemente l’abbandono dell’affermazione che per i giuristi il diritto consiste solo nelle norme poste e contingenti⁴⁸. Tutt’al più la “costituzionalizzazione” del diritto ha indotto alla considerazione che nel diritto positivo possono essere contenuti criteri morali (valori) giuridicamente sanzionati come fini della politica e della società, che li ha scelti⁴⁹. Questa correzione dell’impianto positivistico è quella da qualcuno etichettata come giuspositivismo “inclusivo”⁵⁰ e non mette sostanzialmente in discussione il principio vero e proprio della positività del diritto. Non si può affermare la stessa cosa per coloro che hanno inteso questa novità come la fissazione di norme superiori di giustizia o di principi posti al di sopra del diritto e delle sue mutazioni. Lo si ribadisce, è questo il profilo determinante di ciò che si è descritto come neocostituzionalismo⁵¹.

46 H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, pag. 127 (edizione originale, *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920).

47 Zagrebelsky, *Op. ult. cit.*, cap. I.

48 Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pagg. 88 e ss. Cfr. J. R. Capella, *Elementos de análisis juridico*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pagg. 45 e ss. e 79 e ss.

49 Sui valori come prodotto dell’attività istitutiva della collettività, attraverso cui la società sceglie i suoi criteri di valutazione e si organizza si veda la riflessione di F. Ciaramelli, in *Lo spazio simbolico della democrazia*, Troina (Enna), Città aperta edizioni, 2003 e *Istituzioni e norme. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006.

50 Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pag. 206. Del resto già Hart nel suo *Postscript* del 1994 a *The Concept of Law* aveva aperto alle argomentazioni à la Dworkin dicendo che il suo positivismo poteva considerarsi *soft* in quanto ammetteva che nei sistemi giuridici fossero recepiti principi morali. Afferma ripetutamente questa ‘dolcezza’ del positivismo giuridico hartiano S. C. Sagnotti che nell’analizzare il pensiero di R. Dworkin ha osservato quanto quest’ultimo abbia mal interpretato Hart, che non è certamente un filosofo del diritto chiuso nel formalismo manicheo e incapace di riconoscere la dimensione ineluttabilmente morale del giuridico, vedi *I diritti tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1998, pagg. 10-13.

51 Vengono messe in luce le caratteristiche di questo ‘nuovo’ paradigma da G. Bongiovanni, analizzando quelli che sono forse i più influenti teorici dell’ermeneutica costituzionale, Robert Alexy e Ronald Dworkin, in *Teorie “costituzionalistiche” del diritto*, Bologna, Clueb, 2000 e poi in *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Bologna, Gedit edizioni, 2003. Altrettanto interessante è il saggio di L. Prieto Sanchis, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in <Ragion pratica>, n. 18, 2002, che (alle pagg. 199-200) sostiene che è prevalente l’esaltazione della funzione giudiziale, ma che ciò comporta un chiaro abbandono del positivismo giuridico come paradigma teorico e una schietta discussione sui principi (valori) che vengono preferiti.

Per quanto detto sinora, quest'ultimo sembra aver molto in comune con quell'orientamento teorico che pensa che il diritto sia vincolato al rispetto di alcune norme etiche (valori) fondamentali che misurano la giustizia di un assetto politico-giuridico, principi che il costituzionalismo del XX secolo ha dichiarato ma che, per questo filone della filosofia giuridica contemporanea, interno alla tradizione giusnaturalistica, prescindono dalla loro costituzionalizzazione. Questa parentela è rifiutata, per motivi diversi, da molti neocostituzionalisti; nel seguito dell'analisi si cercherà di fornire elementi per capire quanta omogeneità sostanziale ci sia tra il neocostituzionalismo e il neogiusnaturalismo.

A questo scopo si è scelto di prendere come punto di riferimento gli scritti di un autore, Luigi Ferrajoli, in cui tutte le principali tesi 'neocostituzionalistiche' sembrano aver trovato una sistemazione particolarmente compiuta⁵².

2. NEOCOSTITUZIONALISMO E UNIVERSALISMO NORMATIVISTICO

Ferrajoli propone una lettura del diritto contemporaneo e un modello politico che compendia in maniera esemplare i caratteri prima menzionati del costituzionalismo e del cosmopolitismo giuridico. Il tema veramente centrale del ragionamento ferrajoliano è l'elaborazione di un paradigma costituzionalistico capace di giustificare, come vedremo, un cambiamento determinante nel modo di pensare l'essere del diritto (l'esperienza giuridica) come dover essere normativo.

Certamente quello di Ferrajoli risulta essere uno dei tentativi più elaborati e articolati di fondare una teoria universalistica⁵³ delle istituzioni giuridiche, tentativo portato avanti in questi anni con perseveranza. La riflessione di questo autore si mette, proiettualmente, ai margini del discorso assiologico e filosofico pur essendo rivolta alla dimostrazione della validità universale di un determinato modello politico e istituzionale basato sui diritti soggettivi. Entro il discorso di Ferrajoli, codesto modello non è frutto di una costruzione concettuale, non è un modello teorico, ma coincide, giuspositivisticamente, con il nucleo normativo delle norme fondamentali del diritto internazionale e delle costituzioni che gli Stati dell'Europa occidentale si son dati dopo la seconda guerra mondiale⁵⁴.

52 Su questo punto sostanziale è il caso segnalare che l'interpretazione qui proposta diverge da quella di Susanna Pozzolo che in *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pur avendo il merito di cogliere il neocostituzionalismo come un orientamento molto diffuso e dai tratti ben definiti, ritiene che esso si ponga nettamente in contrasto con l'approccio giuspositivistico e che un autore come Luigi Ferrajoli dimostri tale incompatibilità. A nostro avviso invece i lavori di Ferrajoli sono esemplari della contraddizione che caratterizza il "neocostituzionalismo", entro il quale, a differenza di quanto afferma la Bozzolo, Ferrajoli è collocabile.

53 L. Baccelli collega l'impianto universalistico della proposta di Ferrajoli all'obiettivo politico di perorare l'estensione della democrazia tramite la giustificazione dei principi normativi che essa implicherebbe nell'organizzare la società, *Il particolarismo dei diritti*, cit., pag. 148. Effettivamente il discorso ferrajoliano può esser letto, in questo senso, come una filosofia dei presupposti necessari per strutturare democraticamente la vita collettiva. Tale interpretazione trova conforto nella stessa dichiarata intenzione di formulare una "teoria giuridica della democrazia"; così Ferrajoli in *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001. È comunque già nell'edificazione del modello del "garantismo" che Ferrajoli tende a formulare un modello normativo per la democrazia. Lo Stato di diritto, così come viene delineato nei suoi principi essenziali e nelle sue tecniche giuridiche conseguenti, si profila come struttura normativa necessaria all'organizzazione democratica della vita collettiva, per lo meno in un contesto culturale secolarizzato e non organicistico. Si veda *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pag. 895 e ss. e specialmente pagg. 904-907.

54 È il caso di sottolineare subito che la teoria della democrazia cui Ferrajoli dedica il suo impegno teorico da decenni è certamente qualcosa in più che una sistemazione del "materiale giuridico vigente". Il

Negli scritti di Ferrajoli, quindi, troviamo gli elementi caratteristici di gran parte della cultura giuridica contemporanea: il costituzionalismo, il cosmopolitismo e l'universalismo dei diritti individuali. Ma le elaborazioni di Ferrajoli sono oltremodo interessanti anche perché in esse appaiono particolarmente intrecciati il piano teorico, il piano etico, quello giuridico e quello politico presentando, proprio per questo, il pregio di consentire, più che in altri casi, la ponderazione dei nessi esistenti tra le questioni relative allo statuto della teoria giuridica, della scienza giuridica e alla stessa definizione del diritto. Ciò è probabilmente dovuto all'ampiezza della prospettiva teorica di questo autore che è contraddistinta da una peculiare attitudine sistematica e allo stesso tempo politica. Inoltre, se vi possiamo cogliere i tratti essenziali del cosiddetto "neocostituzionalismo"⁵⁵, allo stesso tempo, questa proposta permette di riflettere su una variante centrale nel panorama dell'universalismo giuridico novecentesco, quella recentemente indicata con l'espressione "pacifismo giuridico"⁵⁶.

Le tesi di Ferrajoli possono cioè essere utilizzate come chiave d'accesso al confronto con il percorso che passa da due caposcuola del positivismo normativistico: Bobbio e Kelsen, i quali hanno diretto (il primo sulla scia del secondo) il loro radicale positivismo giuridico verso un orizzonte teorico e politico irenistico e cosmopolita. Per molti versi le scelte e le strategie concettuali dei due maggiori esponenti del normativismo si ritrovano dentro gli sforzi teorici di Ferrajoli estremizzate e per questo, probabilmente, non sovrapponibili, malgrado le intenzioni dell'autore⁵⁷. Sia la maniera di intendere l'avalutatività e la formalità delle concettualizzazioni teorico-giuridiche che il modo in cui la positività delle norme è concepita, alla luce di una precisa visione della funzione e della 'natura' del diritto, giustificano fondati dubbi sulla possibilità di vedere le costruzioni intellettuali di Ferrajoli come una versione storicamente aggiornata del normativismo giuridico.

È rispetto alla dimensione filosofico-politica della riflessione sul diritto che si delinea la differenza tra l'universalismo normativistico di Ferrajoli e quello rintracciabile in filigrana nelle articolazioni cosmopolitiche dell'opera di Kelsen e di Bobbio, per i quali non sembra corretto parlare di universalismo giuridico concepito come un progetto che trascenda i confini di una minimale impalcatura istituzionale di contenimento della forza (del potere politico e militare) su scala mondiale.

modello di democrazia che viene delineato è quello della "democrazia costituzionale" che, in Ferrajoli, si presenta come recupero e piena comprensione della storia politica dell'Europa moderna, nella quale il principio democratico è stato profondamente (nelle fondamenta) coniugato con lo Stato di diritto. Sotto questo aspetto, il recupero della tradizione istituzionale della modernità occidentale, che Ferrajoli compie essenzialmente nel già citato *Diritto e ragione*, ricorda l'operazione filosofica compiuta da Jürgen Habermas, nel suo *Fatti e norme*, cit., che nel nesso Stato di diritto-democrazia individua l'espressione della filosofia sociale sviluppatasi in Europa e Nord-America a partire dal XVII secolo.

55 Si vedano M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pagg. 203-208 e P. Barcellona, *Excursus sulla modernità. Aporie e prospettive*, Catania, C.U.E.C.M., 1999, pagg. 90-92 e 103-106.

56 Così D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998; ma già lo stesso Bobbio in riferimento a Kant e Kelsen, in *Il terzo assente*, Milano, Sonda, 1989.

57 È lo stesso Ferrajoli a indicare chiaramente quelli che, per lui, sono i punti di divergenza dal normativismo bobbio-kelseniano, per esempio in *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pagg. 101-104. La 'distanza' risiederebbe essenzialmente nella maniera di concepire il lavoro del giurista, positivo e teorico, di interpretazione e di sistemazione del materiale normativo, perveracemente ricondotto da Kelsen e Bobbio al metodo ricostruttivo e ricognitivo, contrapposto a qualunque assunzione 'programmatica' della politicità della scienza giuridica. Si veda per un maggiore approfondimento di questa divergenza *Diritto e ragione*, cit., pagg. 913-922. D'altra parte Ferrajoli presenta il proprio lavoro in sostanziale (etica e politica) continuità con quello di Bobbio; per esempio in *Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio*, in L. Ferrajoli e P. Di Lucia (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Giappichelli, Torino 1999. Anzi, come si dirà, anche dal punto di vista teorico giuridico Ferrajoli argomenta le proprie tesi ritenendo di realizzare un emendamento del positivismo di Kelsen e Bobbio il quale sarebbe portato a coerente compimento nel paradigma del costituzionalismo.

L'approccio razionalistico al diritto, secondo i canoni del formalismo giuridico e dell'avalutatività metodologica, è stato indicato come fattore comune che caratterizza Kelsen Bobbio e Ferrajoli come illuministi giuridici⁵⁸, che nelle tecniche del diritto moderno vedrebbero un dover essere, un agire normativo, particolarmente efficace nel pacificare la società allo stesso tempo garantendo le libertà individuali fondamentali. Se, però, per Illuminismo giuridico intendiamo un atteggiamento fiducioso nella forza prescrittiva dei concetti giuridici⁵⁹ e nell'efficacia pratica delle operazioni intellettuali (costruttive) dei giuristi è molto diversa la proporzione in cui Bobbio Kelsen e Ferrajoli possono farvisi rientrare. Non è facile collegare la concezione della teoria come attività di produzione di modelli prescrittivi a Kelsen e Bobbio, per i quali il riferimento delle operazioni teoriche del giurista è sempre stato il diritto positivo⁶⁰. Diversamente, in Ferrajoli l'attività del teorico del diritto sembra continuamente oscillare tra l'esplicitazione dogmatica dei contenuti regolativi del tessuto giuridico "esistente"⁶¹ (positivo) e l'elaborazione di principi normativi la cui prescrittività (validità) si fonda su salde basi logico-sistematiche. Questo è il punto dal quale muovere per l'analisi della proposta ferrajoliana, perché l'universalismo argomentato da Ferrajoli si pone come presa d'atto del diritto "esistente".

Seguendo il percorso ferrajoliano sarà possibile evidenziare i punti laddove, malgrado le intenzioni, sembrano esservi sostanziali divergenze con il normativismo e con l'universalismo kelseniani e con il cosmopolitismo perorato da Bobbio. Ciò non impedisce di cogliere i fattori che segnano l'omogeneità del disegno etico e ideale che certamente c'è tra il costituzionalismo universalistico di Ferrajoli (ma più in generale con tutti quegli autori che possono esser ricondotti all'orientamento neocostituzionalistico) e i percorsi di Bobbio e Kelsen. In tal senso il tratto di continuità più forte tra il lavoro di Ferrajoli e la produzione teorica di Kelsen e Bobbio consis-

58 D. Zolo, *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*, in L. Gianformaggio (a cura di), cit., pag. 450. Cfr. anche M. Barberis, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit.. Sui caratteri dell'Illuminismo giuridico è proprio lo stesso Ferrajoli che ci fornisce un'estesa ricostruzione in *Diritto e ragione*, cit., pag. 5 e ss.

59 Zolo, ha parlato di "ottimismo normativo" in *Ragione, diritto e morale*, cit.

60 Come si dirà meglio in seguito, Letizia Gianformaggio ha affermato che proprio su questo punto dirimente per il positivismo giuridico Ferrajoli diverge da autori come Bobbio e Kelsen e che la teoria ferrajoliana della validità è "dirompente" per la concezione giuspositivistica soprattutto guardando all'idea che della scienza giuridica ne consegue. Vedi *Diritto e ragione tra essere e dover essere* in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, cit., pagg. 25 e ss. È esattamente in direzione opposta che viene letto il contributo dato da Ferrajoli alla filosofia analitica e al positivismo normativistico da parte di M. Jori. Per questi le operazioni definitorie e distintive in cui Ferrajoli si è impegnato sono un'esemplare applicazione della "ragione analitica" propria dell'Illuminismo giuridico che della chiarezza concettuale ha fatto strumento di teoria etico-politica, volta alla soluzione di problemi pratici (così Jori in *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo*, cit., pagg. 68-70). Per Jori il metodo analitico è utilizzato da Ferrajoli in modo del tutto compatibile con gli assunti del normativismo e anzi in modo tale da perfezionare alcune tesi kelseniane in riferimento alla positività (all'esistenza) delle norme giuridiche. Problemi teorici di tale importanza trovano un punto di convergenza nella definizione del concetto di validità in cui ne va della maniera di intendere il giuspositivismo e quindi, come dice la Gianformaggio nelle pagine sopra citate, la scienza del diritto o, da altra prospettiva, il diritto come oggetto di scienza.

61 Si utilizza il termine esistente per indicare il diritto vigente o positivo allo scopo di richiamare il lessico che proprio Ferrajoli ha utilizzato nel definire la sua teoria della validità giuridica. In questa teoria si distingue tra validità e vigore della norma giuridica; la norma può essere "posta" e, in quanto formalmente valida, giuridicamente esistente ma invalida perché in contrasto con i principi dettati da norme giuridiche superiori. In un certo senso, con questa concezione della validità Ferrajoli sdoppia la nozione di positività del diritto che da un lato indica (delle norme giuridiche) l'essere prodotte secondo le norme sulla produzione giuridica per quanto riguarda l'istanza istituzionale autorizzata e le procedure da espletare (legittimità giuridica formale) e dall'altro indica l'essere prodotte in osservanza della sostanza assiologica di norme fondamentali dell'ordinamento (legittimità giuridica sostanziale). Vedi *Diritto e ragione*, cit., pagg. 352-356.

te nella tematizzazione della sovranità come attributo non necessariamente statale e anzi correttamente pensabile entro la logica giuridica esclusivamente su scala cosmopolitica. Il perno del cosmopolitismo giuridico di questi tre autori, infatti, consiste nella critica della sovranità sulla base dell'essenza strutturale del diritto, sulla base dell'intima logica del dover essere giuridico (seppure per Bobbio la critica alla sovranità mostra ragioni più politiche che logico-sistematiche), ma già la maniera diversa in cui è pensata la relazione tra 'ragione giuridica' (i caratteri del fenomeno giuridico) e concetto di sovranità dovrebbe consentire di rilevare quelle che non paiono differenze marginali⁶². Il tema della sovranità e la sua rilevanza per quella che è stata chiamata teoria del "globalismo giuridico"⁶³ permettono di cogliere le differenze nel modo di pensare il rapporto tra razionalità ed esperienza giuridica che sembrerebbero ancora più rilevanti riguardo al rapporto tra dover essere del diritto (il diritto come dover essere), prassi sociale e attività giurisprudenziale. La scienza giuridica assume un ruolo nella teoria giuridica di Ferrajoli che si discosta notevolmente dall'idea che Kelsen e Bobbio hanno sempre sostenuto. Ciò perché il fenomeno giuridico viene descritto da Ferrajoli come linguaggio prescrittivo dotato di una forte connotazione logica.

Per questo aspetto la strategia ferrajoliana sembra riprendere, estremizzandone i profili ideologici, il percorso seguito dal Kelsen dei primi decenni del Novecento, epoca in cui il versante 'idealistico' (razionalistico) della dottrina 'pura' raggiunse il suo vertice 'parossistico'⁶⁴. Questo profilo logicistico della dottrina "pura", che rappresenta un'intima antinomia rispetto al realismo che per altro verso può essere colto tra le pieghe del normativismo kelseniano⁶⁵, come è stato spesso osservato verrà gradualmente eliminato dal Kelsen posteriore⁶⁶, ma ne svela certamente il sentimento etico e gli obiettivi ideali che lo portarono a teorizzare su un piano logico-formale la primazia dell'ordinamento sopranazionale. Ferrajoli, nel riprendere il razionalismo giuridico del primo Kelsen ed esplicitandone probabilmente valori e sostanza etica, arriva ad attribuire al discorso giuridico una forza razionale e sostantiva affatto eccentrica rispetto ai successivi approdi kelseniani e dovuta certamente all'innesto, nell'insieme dell'impianto normativistico, del costituzionalismo dei diritti. Più in generale, questa l'ipotesi che sembra possibile avanzare, attraverso la teoria ferrajoliana è possibile rilevare che la dottrina della positivizzazione dei diritti universali può essere interpretata come un tentativo di superare le aporie dell'universalismo di Kelsen e ancor più dell'ultimo Bobbio, ricadendo, tuttavia, nelle antinomie che i due maggiori esponenti del normativismo giuridico hanno evitato per non fuoriuscire dall'orizzonte giuridico-positivistico.

62 Per ognuno è possibile indicare un testo in cui il tema della sovranità è tematizzato: per H. Kelsen *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit.; per N. Bobbio, *Il terzo assente*, cit.; per L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

63 D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, cit., pag. 13 e ss..

64 Su ciò si veda R. Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, introduzione a H. Kelsen, *Socialismo e Stato*, Bari, De Donato, 1978 e G. Stella, *Stato e scienza. I fondamenti epistemologici della dottrina pura del diritto*, Napoli, E.S.I., 1997.

65 Il positivismo giuridico kelseniano mostra, tutto sommato abbastanza chiaramente, due facce speculari che, per lo meno nella prima fase della dottrina "pura", paiono negarsi reciprocamente. È probabilmente corretto attribuire una cifra "idealistica" alla formulazione iniziale (degli anni 'dieci') della teoria pura (che viene costruita come teoria dell'ordinamento giuridico universale intorno alle caratteristiche autoreferenziali della forma giuridica) che successivamente lascerà il posto al lato radicalmente positivistico del pensiero giuridico kelseniano. Per una ricostruzione in tal senso A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, E.S.I., 1992.

66 In proposito vedi di A. Carrino anche *Kelsen e il tramonto della sovranità*, in *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1998, pag. 79 e ss.

3. L'UNIVERSALISMO POSITIVISTICO DI LUIGI FERRAJOLI: IL SIGNIFICATO DELLA DIVISIONE DI DIRITTO E MORALE

L'universalismo e il cosmopolitismo della teoria presa in esame non rivendicano nessun ascendente giusnaturalistico e filosofico ma pretendono di svilupparsi del tutto entro i confini del diritto positivo. È qui portata all'estremo la tendenza a sostenere l'universalismo giuridico, che si nutre di un tradizionale bagaglio concettuale giusnaturalistico, insieme a un deciso positivismo metodologico. In questo discorso il confine tra positivismo e giusnaturalismo sembra rigorosamente mantenuto nonostante (e anzi per mezzo del) la decisa assunzione del paradigma costituzionalistico, ossia, dell'incorporazione nel diritto positivo di valori e criteri sostanziali e indisponibili⁶⁷. Fedele all'assunto positivistico, l'universalismo giuridico è da Ferrajoli sostenuto in quanto conseguente ed effettiva applicazione del diritto vigente, per ciò gli argomenti proposti tendono a presentarsi precipuamente come svolgimenti e sviluppi dei contenuti normativi del diritto vigente, statale e internazionale.

Avendo contribuito⁶⁸ alla teorizzazione e alla diffusione della tesi di una svolta nella storia delle istituzioni giuridiche che avrebbe provocato il passaggio dal paleopositivismo al positivismo delle costituzioni (un nuovo costituzionalismo)⁶⁹, Ferrajoli estende questa lettura anche al livello extrastatale della giuridicità affermando l'esistenza (la vigenza) di una primitiva costituzione del mondo "Il conflitto che ha finora pesato sulla cultura giuridica internazionalistica tra dover essere ed essere del diritto, tra normatività assiologica ed effettività concreta, tra giustizia e diritto, tra idealismo e realismo, tra razionalità sostanziale e razionalità formale, si è infatti trasferito, attraverso le carte internazionali dei diritti, nel corpo stesso del diritto internazionale positivo.... Grazie a questa penetrazione della razionalità sostanziale nelle forme del diritto internazionale positivo, abbiamo già, in altre parole, un'embrionale costituzione del mondo."⁷⁰

67 Sulla indisponibilità di un complesso di principi quale connotato del giusnaturalismo e sull'ascendente metafisico (o quantomeno sulla struttura metafisica delle tattiche di giustificazione che esso consente) del costituzionalismo basato sui diritti individuali vedi G. Palombella, *Filosofia del diritto*, cit., pagg. 33-37. È ovviamente scontato il rinvio a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, come ad altri classici testi di Bobbio cui di seguito ci si richiamerà spesso.

68 L. Ferrajoli ha sostenuto lungo l'arco della sua carriera il carattere di svolta del costituzionalismo postbellico. Questo orientamento è, ormai, certo non minoritario in dottrina e trova negli studi costituzionalistici il principale luogo di elaborazione e sostegno teorico, affermando in particolare la natura non meramente "programmatica" ma "precettiva" delle norme costituzionali. In Ferrajoli il paradigma costituzionalistico ha acquisito una pregnanza assoluta, perché ha consentito una rideterminazione della stessa funzione della scienza giuridica e del diritto, rispetto alla politica, perché "...la costituzione si configura come un sistema di meta-regole destinate a tutti i pubblici poteri a garanzia dei diritti di tutti...". Così "La costituzione.... equivale a un diritto sul diritto, che altera la struttura formale dell'ordinamento, codificando i principi assiologici cui la stessa legislazione è obbligata a uniformarsi."; è "...il costituzionalismo, che assume come connotato strutturale della democrazia la divaricazione tra dover essere ed essere del diritto positivo, ossia tra i suoi modelli assiologici e costituzionali e la sua pratica effettiva nella legislazione e nella giurisdizione, ed affida alla scienza giuridica una funzione critica nei riguardi del diritto vigente invalido e di progettazione del diritto valido e delle sue garanzie.", *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, cit., rispettivamente pagg. 53-55 e pag. 80. Il paradigma del nuovo costituzionalismo ha avuto importanti ripercussioni anche sulla teoria della validità giuridica. Una delle conseguenze più rilevanti della tesi di Ferrajoli (anzi, dal punto di vista prettamente giuridico, causa di tutte le conseguenze), come si è già detto, è che la validità di una norma giuridica non è più relativa (kelsenianamente) alla conformità procedurale dell'*iter* che ne ha determinato l'esistenza, ma anche alla conformità sostanziale del suo disposto normativo ai principi contenuti nelle norme costituzionali.

69 Ferrajoli viene annoverato tra i costituzionalisti (termine che qui assume un vago sapore giusnaturalistico), seppure esponente di spicco della scuola analitica italiana, da Barberis in *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, cit.

70 L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., pagg. 56-57.

In questa ottica, perciò, il discorso di Ferrajoli pare esemplare di un approccio che pur utilizzando concetti rinviati, in senso lato, al lessico giusnaturalista, come “diritti della persona”, presuppone e ripetutamente esibisce una concezione del diritto e della scienza giuridica di tipo normativistico. L’impegno intellettuale di Ferrajoli si presenta, sotto questo aspetto, quale operazione di dogmatica giuridica rientrante nella tradizionale attività di interpretazione e sistemazione delle norme. I sistemi giuridici a “costituzione rigida” hanno reso, secondo questa lettura, superflue le dottrine filosofiche giusnaturalistiche in quanto la funzione che esse hanno sempre svolto, secondo il canonico insegnamento bobbiano⁷¹, di critica e istanza controfattuale rispetto al diritto e al potere, sarebbe ormai stata incorporata dallo stesso diritto positivo. Il quale, contenendo come livello normativo superiore principi e valori caratterizzanti la validità giuridica, trasforma l’eventuale illegittimità morale delle norme giuridiche rispetto a valori in illegittimità giuridica (invalidità giuridica) e comporta per i giuristi la necessità di svolgere il loro lavoro secondo un preciso spettro assiologico rispetto al quale certificare la legittimità giuridica (la legalità) e non più ideologico-morale delle norme⁷².

Questa versione del costituzionalismo indubbiamente si presenta come una sistemazione delle implicazioni giuridiche e politiche che la nuova struttura istituzionale delle liberaldemocrazie europee serba nell’intento di superare gli aspetti contraddittori che in essa la cultura giuridica ha lungamente rilevato restando attaccata al rigido paradigma giusformalistico dominante⁷³. Certo è però che l’architettura qui apprestata, proprio contro le reticenze della tradizionale giuspubblicistica, pur mostrando una notevole coerenza⁷⁴, soprattutto perché è costruita partendo dal recupero dei significati profondi dell’esperienza politica europea attraverso l’imponente operazione di scavo storiografico che è *Diritto e ragione*, incorpora elementi paradossali che inducono a interrogarsi sulla plausibilità della teoria giuridica ferrajoliana sia in qualità di proposta ermeneutica (di paradigma interpretativo della fenomenologia giuridica) che in termini prescrittivi (di modello teorico per l’attività professionale).

71 Classiche sono le distinzioni e definizioni che Bobbio ha fornito in saggi raccolti in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., ma sul tema almeno anche N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Napoli, Morano, 1965. Mi pare il caso di ricordare che se Bobbio ha messo in evidenza più volte che il diritto naturale ha avuto una funzione critica verso il potere, legandosi spesso (giustificandole) alle pretese rivoluzionarie, rilievo contenuto per esempio nei due testi appena citati, ha anche osservato che per la vaghezza delle idee evocate dalle argomentazioni razional-naturalistiche la dottrina giusnaturalistica è spesso “servita” per operazioni di consolidamento e restaurazione dell’ordine istituito e tirannico, così in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 169. Sulle differenze tra l’ideologia politica giusnaturalistica delle due rivoluzioni cfr. M. Fioravanti da ultimo in *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. Ornaghi (a cura di) *La nuova età delle costituzioni*, Bologna, il Mulino, 2000.

72 Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., pag. 57. L’innovatività della rielaborazione che Ferrajoli fa del paradigma positivistico viene messa in rilievo da Bobbio nella premessa che egli stesso fece a *Diritto e ragione*, cit. Bobbio afferma che Ferrajoli, svolgendo tutte le implicazioni della positivizzazione dei diritti “naturali”, ha calibrato la concezione della validità giuridica e la concezione del ruolo del giurista rispetto a una situazione in cui ha perso rilevanza la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo; perciò la teoria di Ferrajoli sarebbe una versione meno intransigente del giuspositivismo ma insieme più conseguente rispetto a un diritto che ha positivizzato principi di diritto naturale, così nella *Prefazione a Diritto e ragione*, cit., pag. XII.

73 Il dibattito relativo allo spessore giuridico dei principi e alla loro funzione nei sistemi giuridici si è ampiamente sviluppato già negli anni Venti e ancor più a ridosso dell’approvazione dei testi costituzionali, soprattutto in Germania e in Italia. Nel suo trattato dedicato al diritto costituzionale nel 1928, Carl Schmitt aveva introdotto la distinzione tra costituzione e legge costituzionale; vedi *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pag. 26 e ss. e 65 e ss. (edizione originale *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928).

74 Bobbio afferma che sotto il profilo metodico l’impostazione di Ferrajoli non tradisce la linea che va da Kelsen a Hart, *Premessa a L. Ferrajoli, Diritto e ragione*, cit., pag. XII.

Le questioni che l'impostazione del nostro autore solleva attengono al tema centrale del rapporto tra diritto e morale, che definisce (e sul quale si basa) il significato stesso del positivismo giuridico, e alla natura descrittiva o prescrittiva della scienza giuridica. Tali profili sono stati al centro delle numerose discussioni intorno alla proposta di Ferrajoli e in particolare già della sua rilettura 'epocale' della teoria e della prassi giuridica europea⁷⁵ e, pur non pensando certamente di poterli affrontare esaustivamente in tutta la loro complessità, è intorno a essi che si deve necessariamente misurare lo spessore dell'universalismo giuridico avanzato con la proposta teorica qui esaminata.

Malgrado l'acribia definitoria e l'abilità analitica che i ragionamenti di Ferrajoli presentano, non risulta semplice conciliare quello che è un postulato dell'approccio giuspositivistico, la "grande divisione" (tra fatti e valori)⁷⁶, e il carattere normativamente spesso dello Stato di diritto così come esso si configura nella ricostruzione ferrajoliana. In uno dei punti più filosoficamente interessanti di *Diritto e ragione*, volume che come si è detto può esser visto come un affresco dell'ideale etico-politico dello Stato di diritto alla luce della sua matrice illuministica e liberale, il positivismo giuridico viene definito come quella concezione secondo la quale tra morale e diritto non vi è necessario legame e le regole giuridiche sono il prodotto di stipulazioni legali (cioè politicamente e storicamente generate secondo meccanismi precedentemente stabiliti). Questo assioma primario del giuspositivismo è ritenuto un corollario della filosofia illuministica che ha secolarizzato diritto e morale⁷⁷. Tale laicizzazione del diritto da ogni filosofia morale e da ontologie dei valori è la conseguenza, per Ferrajoli, del razionalismo liberale che dal Seicento ha lentamente combattuto per affermare l'autonomia soggettiva in relazione alla sfera morale e il rifiuto del legalismo etico⁷⁸. Ciò, a sua volta, ha deter-

75 La pubblicazione di *Diritto e ragione* ha, come era prevedibile, vista la mole dell'impresa (per quantità e ambizione teorica), suscitato molte reazioni e confronti con l'Autore. Di parte di questo dibattito è stata data diffusione attraverso la raccolta curata da L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, cit.

76 In proposito si può vedere il classico studio di G. Carcatera, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, Giuffrè, 1969, soprattutto pag. 3 e ss. per un *excursus* sulla presenza 'storica' della tesi 'non-cognitivista' della non transitibilità dalla riflessione teorica a quella pratica (al di là e prima di Hume) e pag. 73 e ss. per una analisi dei diversi significati che la tesi dell'inderivabilità dell'etica dal discorso 'aletico' può contenere.

77 *Diritto e ragione*, cit., pag. 203.

78 Ciò che rende lo sforzo d'analisi della tradizione giuspenalistica profuso in *Diritto e ragione* molto più che un'operazione di archeologia istituzionale di stampo storiografico o sociologico è lo sfondo politico-assiologico e filosofico che 'giustifica' l'insieme. Come ha notato P. Costa (nel saggio *Un modello per un'analisi: la teoria del <garantismo> e la comprensione storico-teorica della <modernità> penalistica*, introduttivo al volume L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, cit.) l'esplorazione dei sistemi penalistici contemporanei e passati viene eseguita in prospettiva del raffronto con il modello istituzionale "garantismo" che è espressione nella rilettura di Ferrajoli della filosofia che ha rivoluzionato la cultura europea e che ha generato l'idea stessa dello Stato di diritto. L'importanza del lavoro risiede infatti nel muovere dalla comprensione radicale dell'essenza (addirittura) "teoretica" dell'idea moderna di Stato di diritto e nel promuovere l'utilizzo di questo significato profondo in tutte le sue derivazioni giuspubblicistiche. Il modello serve per criticare l'essere del diritto e la prassi istituzionale ma forse ancor di più per rilanciare il senso filosofico del progetto illuministico. L'illuminismo giuridico è, secondo il ragionamento di Ferrajoli, anche un'epistemologia, non solamente giuridica ma generale. Le tecniche normative e processuali individuate dagli scrittori illuministici sono prioritariamente metodi di avvicinamento alla realtà, sono cioè espressive di una metodologia gnoseologica. Ancora oltre, ma conseguentemente, l'Illuminismo giuridico è il *pendant* organizzativo del liberalismo etico; come vedremo meglio in seguito, è la messa in atto istituzionale del relativismo morale. Questa tesi si trova esposta nella parte dedicata ai fondamenti del diritto penale, ma è più ampiamente svolta là dove si sviluppa la filosofia politica che sta dietro il "garantismo"/Stato di diritto, *Diritto e ragione*, pag. 963 e *passim*. Uno stimolante *excursus* sul rapporto tra strategie cognitive e fenomenologia giuridica è fatto da M. Foucault nel saggio *La verità e le forme giuridiche*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, vol. 2 (1971-1977), *Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. Dal Lago, Milano, Feltrinelli, 1997. In questo saggio la prassi giudiziaria viene tematizzata come un "campo di sapere", uno di quegli spazi sociali in cui si strutturano esperienze epistemiche, in cui si propone una "certa" concezione della verità. Pure in questa analisi l'illuminismo giuridico viene ricordato per il suo non cognitivismo etico, in Bentham come in Beccaria, e per aver informato la verità giuridica a procedure empiriste e verificazioniste regolatrici del processo.

minato l'indipendenza del giuridico dalla giustizia o dalla morale per l'individuazione dei criteri di validità ed esistenza, che sono stati ridefiniti come riconducibilità dell'atto di generazione della norma giuridica a un procedimento svoltosi conformemente a norme giuridiche relative alla creazione del diritto⁷⁹.

Principi, questi, assolutamente essenziali in tutti i maggiori autori della tradizione giuspositivistica da Bentham a Hart⁸⁰ e che, per la tesi di fondo che ne deriva -ossia, che il diritto è ciò che è posto dall'istituzione sociale deputata a produrlo e non deriva da valori e sostanze etiche- sembra incompatibile con il 'sostanzialismo' costituzionale sostenuto da Ferrajoli. Come ho detto, il percorso argomentativo di Ferrajoli riesce a rimanere entro i paletti del "principio di legalità" che qualifica la giuridicità di una norma secondo il formalismo giuridico e consente di ben sapere cosa è diritto e cosa non lo è, "Il presupposto *di fatto* di questa tesi è ovviamente che il diritto di cui si parla sia interamente *positivo*: ossia che esistano norme positive sulla produzione di norme giuridiche, sicché di ogni norma di un ordinamento (eccettuata la sua costituzione) sia possibile predicare la sua validità o l'invalidità sulla base di altre norme dell'ordinamento medesimo."⁸¹, tuttavia non riesce a superare le perplessità che derivano dalla considerazione del (e dal confronto con il) significato principale, teorico e metateorico, del positivismo giuridico.

Infatti, l'universalismo teorizzato da L. Ferrajoli si caratterizza per essere assiologicamente molto definito e (in virtù del paradigma del diritto costituzionale come "diritto sul diritto") prescrittivamente parecchio vincolante. Proprio per questo motivo sembra essere costantemente percorso dall'ambiguità tra l'essere esplicitazione dei principi fondamentali degli ordinamenti giuridici esistenti (principi che non apparirebbero più solo alle collettività dove è diffusa la cultura liberaldemocratica ma anche all'ordinamento giuridico internazionale e, dunque, all'umanità intera) e l'essere un modello teorico, argomentato e costruito razionalmente, sulla base di precise assunzioni valoriali. La proposta qui analizzata pare andare incontro a quella che è l'obiezione più di frequente avanzata nei riguardi delle teorie universalistiche e cioè che non si tratti di un modello neutrale e capace di accogliere visioni eterogenee del mondo⁸². Esso si basa principalmente sul (e afferma il) valore della garanzia (come tutela e come soddisfazione)⁸³ dei diritti individuali e sul rispetto di alcuni principi in base ai quali regolare le relazioni sociali e interpretare il fondamentale principio della libertà personale (che è l'effettivo contenuto ideologico ed etico che fonda e "richiede" l'inviolabilità dei diritti individuali), cioè l'eguaglianza di trattamento da parte delle istituzioni e la solidarietà.

79 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pagg. 204-206.

80 La distinzione tra giuridicità e moralità è usualmente fatta coincidere con quella tra essere e dover essere. Il senso antigiusnaturalistico di questa giustapposizione è comprensibile per esempio guardando al teorico del diritto che forse più d'ogni altro ha fatto di tale distinzione il perno della propria concezione giuridica H. Kelsen; cfr. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, pagg. 177-183.

81 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pag. 205.

82 È questa la vera questione teorica intorno al quale ruota il dibattito sulle proposte universalistiche. Si può vedere su ciò B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2002 e U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Oxford-New Delhi, Oxford University Press, 2002. Si possono leggere anche i saggi di H. K. Bhabha (*On Writings Rights*) e C. Taylor (*Response to Bhabha*) in AA. VV., *Globalizing Rights. Oxford Amnesty Lectures* (1999), Oxford, Oxford University Press, 2003.

83 Ci si riferisce, ovviamente, alla classificazione dei diritti soggettivi in diritti di libertà "negativi" e diritti di libertà "positivi"; i primi richiedenti, per le esigenze da essi tutelate, un atteggiamento omissivo da parte delle istituzioni, i secondi un atteggiamento attivo. Questa canonica partizione, per dirla in un altro modo, tra "diritti di libertà" e "diritti sociali" è stata formulata sulla base della distinzione tra "libertà negativa" e "libertà positiva", ripresa in tal senso da N. Bobbio, in *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1955 oppure, più recentemente, in *Destra e sinistra*, Roma, Donzelli, 1994 e ancora in *Teoria generale della politica*, cit., pagg. 458-466.

Come si è ripetutamente detto, questo obiettivo è perseguito da Ferrajoli partendo dalla constatazione dei contenuti normativi che il diritto positivo (e, quindi, l'assetto politico-istituzionale) contemporaneo contiene.

Questo è però solo uno dei due livelli argomentativi seguiti da Ferrajoli nel suo ragionamento teorico, affianco a quello di interpretazione del diritto 'posto', attività che lui stesso definisce dogmatica, vi è e vi è sempre stato nei lavori di Ferrajoli un livello teorico o "formale"⁸⁴. Un livello di definizione (chiamato, seguendo il lessico analitico, di "costruzione" o di "stipulazione") di concetti giuridici universali utilizzabili dai giuristi e, per la loro precisione semantica, in grado di orientarne le operazioni ermeneutiche. Questo compito è anzi quello a cui Ferrajoli si è dedicato sin dagli inizi delle sue ricerche, collegandosi all'idea risalente ai padri della *analytical Jurisprudence*, Bentham e Austin⁸⁵, di formulare un apparato concettuale (terminologico) universale per quel particolare spazio linguistico che pertiene all'esperienza giuridica. In questa prospettiva si sono inseriti i successivi lavori dedicati all'interpretazione delle istituzioni giuridiche vigenti e dei principi fondamentali di esse, lavori che, per la continua propensione alla teoria generale del diritto che in essi si può cogliere, non sono del tutto rubricabili come operazioni di dogmatica giuridica.

Le attenzioni di Ferrajoli sono state così negli ultimi anni sempre più indirizzate al tema del cosmopolitismo e della formazione dell'ordinamento giuridico mondiale. Ancora recentemente⁸⁶ Ferrajoli è intervenuto, con un denso ragionamento, sulle questioni urgenti che la politica si trova ad affrontare per evitare terribili esplosioni di violenza e sulla necessità di una politica del diritto che prenda sul serio le richieste di regolazione degli scambi privati così come di repressione dei fatti criminosi⁸⁷. Il tema è l'unificazione giuridica mondiale in campo penalistico e civilistico e non più ristretta ai classici terreni del giusinternazionalismo⁸⁸.

Poggiando sul diritto positivo (internazionale e nazionale), Ferrajoli ha tentato di smantellare alcune delle categorie centrali della dottrina giuspubblicistica ereditata. Un impegno sistematico che ha dapprima riguardato la cittadinanza, poi la sovranità e infine il concetto di diritto soggettivo⁸⁹. Non è azzardato dire che la *ratio* di questo percorso

84 Uno dei primi saggi in cui è stata avanzata questa distinzione tra teoria del diritto e dogmatica giuridica, l'una come propositiva e, dunque, normativa, l'altra come descrittiva, all'interno della scienza del diritto è L. Ferrajoli, *La semantica nella teoria del diritto*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto*, Milano, Edizioni comunità, 1983.

85 Palombella, *Filosofia del diritto*, cit., pagg. 127-128; M. Barberis, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit.

86 L. Ferrajoli, *Per una sfera pubblica del mondo*, in <Teoria politica>, XVIII, n. 1, 2002; vedi pure la concisa esposizione delle sue tesi (quasi un programma teorico-politico) in *La crisi della sovranità e il ruolo della filosofia politica*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, Dedalo, 2001.

87 Su questi temi, in riferimento specifico alle drammatiche questioni spalancate dall'evento dell'11 Settembre 2001, molto profondi e stimolanti gli interventi di M. Cacciari e C. Galli su <MicroMega>, n. 5, 2001, rispettivamente *Digressioni su impero e tre Rome* e *Guerra senza spazio*. Per un'impostazione generale utili i saggi contenuti in D. Held e A. McGrew, *Op. ult. cit.*

88 La letteratura sui problemi di giuridicizzazione delle prassi globali tende naturalmente a crescere. Uno degli studi più utili tra quelli recentemente pubblicati in Italia è quello di M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000. Sulle trasformazioni giuridiche nel senso di un passaggio d'epoca, come nuovo assetto di potere, J. R. Capella aveva fornito un penetrante resoconto già in *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Editorial Trotta, 1997-1999, soprattutto pag. 257 e ss.

89 I saggi principali in cui si è snodato questo itinerario sono, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, cit.*; *La sovranità nel mondo moderno*, cit. e *Diritti fondamentali*, ora in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

è distruggere quello che C. Schmitt ha chiamato *ius publicum europaeum*⁹⁰. Questo obiettivo è stato perseguito partendo dal presupposto che vi è ormai una struttura giuridica globale, cosicché il cosmopolitismo non sarebbe un progetto intellettuale e una speranza etica, ma primariamente diritto vigente. Ma questo aspetto dell'impegno teorico dell'ultimo Ferrajoli allo stesso tempo si colloca, per l'appunto, dentro il progetto di lunga lena di predisporre un arsenale categoriale a disposizione della cultura giuridica.

4. IL COSMOPOLITISMO COSTITUZIONALISTICO: TRA FONDAZIONE LOGICA E FONDAZIONE GIURIDICA

L'universalismo giuridico formulato da Ferrajoli sembra essere costantemente percorso da un'ambiguità di fondo tra l'essere esplicitazione dei principi fondamentali degli ordinamenti giuridici esistenti e l'essere un modello teorico, argomentato e costruito razionalmente, sulla base di precise assunzioni valoriali.

Ciò fa problema perché l'universalismo giuridico di Ferrajoli pretende di non essere filosoficamente eticamente e politicamente fondato, ma di esserlo 'giuridicamente'. Ora, è chiaro che con tali questioni siamo giunti al cuore delle problematiche filosofiche che sono chiamate in causa dal tema dell'universalismo etico, politico o giuridico⁹¹. La questione centrale che ogni universalismo normativo comporta è quella relativa al modo in cui giustificarlo, la questione di come sostenerne la validità *erga omnes*, universale per l'appunto. Da questo punto di vista quella di Ferrajoli sembra essere un'operazione di scavalco del problema, che non affronta la dimensione assiologica e sposta l'attenzione, da giurista e secondo l'attitudine dei giuristi, verso la comprensione dei testi giuridici e del loro contenuto precettivo conoscibile secondo una corretta attività di interpretazione.

Come si è notato, Ferrajoli sembra voler mettere decisamente fuori, o quantomeno tener separata dal suo lavoro di sistemazione del diritto esistente, la questione del fondamento (teorico e assiologico) e tuttavia, paradossalmente, quello di fondare una versione universalistica dei diritti individuali pare essere il cuore dei suoi sforzi teorici⁹². Così gli argomenti portati a sostegno dell'universalismo della democrazia costituzionale e dei diritti fondamentali dell'uomo più che essere sviluppati sul terreno della dommatica sembrano di tipo logico-formale (carattere proprio della teoria generale del diritto), risultando per questo stridenti con il significato politico e ideologico che un simile modello istituzionale contiene⁹³. Le tesi di Ferrajoli oscillano tra ciò che egli definisce dogmatica giuridica e ciò che intende per teoria generale del diritto (la prima descrittiva e la seconda prescrittiva) e, nonostante le reiterate distinzioni fatte, questa oscillazione sembra essere dovuta alla difficoltà di mantenere effettivamente una chiara distinzione tra i due ambiti di concettualizzazione.

90 C. Schmitt, *Il nome della Terra nel diritto internazionale dello «ius publicum europaeum»*, Milano, Adelphi, 1991 (edizione originale *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des ius publicum europaeum*, Köln, Greven Verlag, 1950).

91 Una trattazione panoramica la troviamo nel già citato B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, cit. ma utile lo studio comparativo di H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2000. Sul dibattito relativo all'idea dei diritti soggettivi è classico il volume curato da J. Waldron, *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984 (sesta edizione 1995). Si confronti F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., *passim* e L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, cit.

92 L. Baccelli, *Diritti senza fondamento*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 201-202.

93 E. Vitale, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 108-109.

Le tensioni esistenti nel ragionamento sembrano aver raggiunto un punto di criticità nel lungo articolo con cui viene elaborata la categoria di “diritti fondamentali” e che è parte del più ampio trattato di teoria generale sui concetti giuridici fondamentali annunciato come prossimo alla pubblicazione⁹⁴. Allo stesso tempo la definizione del concetto di diritti fondamentali è messa, da Ferrajoli, al centro dei significati normativi e politici impliciti nel tessuto giuridico positivo.

Ferrajoli dice di fornire una definizione di diritti fondamentali che è “teorica” e “strutturale”, cioè astratta (formale) rispetto a esperienze giuridiche esistenti:

“sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per ‘*status*’ la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio”⁹⁵.

Questa nozione/definizione di diritto soggettivo fondamentale ha causato molte reazioni che hanno determinato un vivace dibattito, come d’altronde è già accaduto in occasione di tesi proposte da Ferrajoli in passato⁹⁶. Nella definizione fornita hanno un ruolo di primaria rilevanza le precisazioni sulla teoricità e sulla formalità di essa. Il concetto è formulato (stipulato) senza riferimento specifico a un concreto ordinamento positivo, perché esso (secondo le intenzioni dell’autore) non appartiene alla “dogmatica” ma alla “teoria” e perché è “formale”, cioè non è definito in base a un determinato riferimento a valori o principi ideali o etici o a individuati interessi concreti che un singolo può avere, in quanto contiene una definizione strutturale, molto generica e, quindi, astratta riguardo ai contenuti normativi che possono esservi specificati. Questa categoria, così astrattamente delineata, secondo Ferrajoli ha una grande utilità, “...essa è valida per qualunque ordinamento, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso previsti o non previsti, inclusi gli ordinamenti totalitari e quelli premoderni. Ha quindi il valore di una definizione appartenente alla teoria generale del diritto. In quanto è indipendente dai beni e dai valori o dai bisogni sostanziali che dai diritti fondamentali sono tutelati, essa è inoltre ideologicamente neutrale. È perciò valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivistica o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e antidemocratica.”⁹⁷.

La prima considerazione che una tale proposta “convenzionale” suscita è che non è chiaro perché un concetto dovrebbe essere valido o no in relazione a una filosofia, a un’etica o a un sistema giuridico positivo. Proprio perché si sta proponendo una definizione dichiaratamente “artificiale”, secondo il convenzionalismo che contraddistingue la teoria generale del diritto per Ferrajoli, il costruito concettuale formulato dovrebbe poter esser misurato sulla sua intrinseca logicità o sulla sua utilità, ma non sulla sua adeguatezza (genericamente) a un sistema di valori e ciò, soprattutto, in quanto è lo stesso Ferrajoli a insistere sulla avalutatività della categoria. Diversi autori hanno notato che

94 Ferrajoli precisa ciò inizialmente in nota, subito dopo aver enunciato la sua definizione di diritto fondamentale, *Diritti fondamentali*, cit., pag. 36.

95 Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pag. 5.

96 Per il passato naturalmente il riferimento è alle discussioni seguite alla pubblicazione di *Diritto e ragione*, di cui testimonianza è data dalla già citata raccolta curata da L. Gianformaggio *Le ragioni del garantismo*, curata da Gianformaggio; anche per le “polemiche” suscitate dall’articolo sui diritti fondamentali si è pensato a una raccolta in cui è possibile trovare buona parte degli interventi, la raccolta curata da E. Vitale è la già ricordata *Diritti fondamentali* (pubblicata sotto il nome di L. Ferrajoli) con saggi di Guastini, Zolo, Jori, Vitale, Pintore, Baccelli, Bovero, Bonanate.

97 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 5-6.

la caratteristica della neutralità (avalutatività), proprio perché in contraddizione con l'artificialità che sarebbe propria della teoria generale, sembra denunciare un tentativo di fondare surrettiziamente un dato insieme di principi⁹⁸. Queste notazioni sembrano trovare conferma nel 'movimento' successivo che Ferrajoli fa nel saggio in questione, "La definizione di 'diritti fondamentali' qui proposta è in grado di fondare quattro tesi, tutte a mio parere essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale."⁹⁹

Intendendo per diritto fondamentale ogni pretesa riconosciuta da un ordinamento giuridico a un singolo individuo, in quanto persona o cittadino o capace d'agire, esso (diritto) è indisponibile e inalienabile, se non viene meno l'appartenenza a uno dei tre *status* sociali suddetti (così come definiti dal diritto positivo) è per questo che non possono essere inquadrati come diritti fondamentali (inalienabili) i "diritti patrimoniali". Questi sarebbero tutti quei diritti soggettivi su beni materiali che un dato ordinamento riconosce a un individuo attribuendogli la facoltà di disporre di tali beni a suo piacimento. In somma, i diritti reali e di natura economica (patrimoniali) si distinguerebbero dai diritti fondamentali per la loro intrinseca struttura, non universale, che li caratterizza come particolari, cioè non di tutti, e per ciò alienabili. I diritti patrimoniali, la cui possibile titolarità è conseguenza del riconoscimento del diritto fondamentale all'essere titolare di diritti patrimoniali, diversamente dai diritti fondamentali, attribuiti a "tutti" (universali), sono per la loro "particolarità" espressione di disuguaglianza giuridica e fonte di "privilegi" rispetto a specifiche risorse materiali¹⁰⁰.

Al contrario, i diritti fondamentali, per la loro universalità, sono il parametro dell'uguaglianza giuridica; dato che determinano la parità di riconoscimento in "interessi e ad aspettative di tutti"¹⁰¹. Essi sanciscono i principi organizzativi di una società democratica, riconoscendo a tutti il rispetto delle esigenze il cui soddisfacimento è necessario per un'effettiva democraticità della vita politica. In quanto assicurano gli elementi basilari per la partecipazione alla vita collettiva essi coincidono con l'essenza normativa della democrazia, la "democrazia sostanziale", rispetto al semplice principio di maggioranza, democrazia "formale o procedurale", insufficiente alla realizzazione della democrazia effettiva. I principi il cui rispetto è necessario per la democrazia effettiva, i diritti fondamentali, sono per questa ragione sottratti al potere decisionale delle maggioranze parlamentari (e quindi della democrazia) e condizionano, vincolandole (limitandole) e indirizzandole, le decisioni politiche¹⁰².

Dalla definizione dei diritti fondamentali come universali e indisponibili si può anche ricavare il fatto che molti di essi sono ormai riconosciuti, dalle norme giuridiche vigenti internazionali e costituzionali, alla generalità degli esseri umani e non più in riferimento alla cittadinanza. I diritti fondamentali sono quindi indubbiamente la base giuridica e non più solo etica della costituenda *cosmopolis* globale¹⁰³. È possibile poi derivare un'altra tesi, che è forse la più interessante e non solo perché è proprio Ferrajoli a qualificarla come la "più importante" e "pregiudiziale a qualunque discorso sui diritti"¹⁰⁴, ma perché in essa ne va dell'idea che Ferrajoli ha del discorso giuridico come linguaggio normativo e della correlata idea della scienza giuridica.

98 Vedi D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*; M. Jori, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*; E. Vitale, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?*; tutti in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

99 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pag. 9.

100 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pagg. 13-17.

101 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pag. 10.

102 L. Ferrajoli, *Op. Ult. cit.*, pagg. 18-21.

103 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pagg. 22-26.

104 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, rispettivamente pag. 10 e pag. 26

I diritti fondamentali, come del resto gli altri diritti soggettivi, sono giuridicamente esistenti e vincolanti, per la giurisprudenza e la sfera politica, anche laddove essi siano mancanti di precise e opportune garanzie¹⁰⁵ specificamente apprestate con ulteriori idonee e puntuali norme giuridiche. I diritti fondamentali sono infatti previsti da norme giuridiche, spesso di superiore importanza perché costituzionali, e quindi sono disposizioni precettive per sé, nonostante l'eventuale assenza di altre prescrizioni giuridiche necessarie a una più definita (in tecniche e strumenti processuali) possibilità di ottenere tutela, per il diritto soggettivo, dall'ordinamento. Eventuali (e del resto esistenti negli attuali sistemi giuridici statali ed extrastatali) deficienze normative, che impediscono di individuare le modalità con le quali il diritto positivo si assume il compito di venire incontro alle aspettative dei singoli, sono da ritenersi "lacune giuridiche", incompletezze del sistema giuridico esistente che, semplicemente, necessita di essere adeguato (completato)¹⁰⁶.

Questa tesi ci mette di fronte alla lettura che del positivismo giuridico e del normativismo Ferrajoli dà; essa sembra riformulare il normativismo in maniera da discostarsi radicalmente dalla matrice kelseniana. Tale riformulazione è resa possibile, anzi è in qualche modo 'causata'¹⁰⁷, dalla parallela riformulazione del costituzionalismo che ha provocato una trasformazione della 'nomodinamicità' del diritto (o almeno dei sistemi giuridici a costituzione rigida); ciò secondo Ferrajoli, perché, come si è detto, sembra più conseguente rilevare che alla luce del paradigma costituzionalistico e del "mutamento interno del paradigma del paleogiuspositivismo" il diritto viene mutato in un sistema, quantomeno parzialmente, nomostatico. La ripresa del paradigma costituzionalistico e la esplicazione, ancora una volta, della sua logica è infatti il tema con il quale si conclude il saggio sui diritti fondamentali¹⁰⁸.

Con queste tesi Ferrajoli ritiene di aver confutato quattro posizioni consolidate nella dottrina dei diritti fondamentali, che possono esser ricondotte ad alcuni degli autori centrali del pensiero politico moderno: J. Locke, K. F. von Gerber, T. H. Marshall e H. Kelsen¹⁰⁹. Ognuna di queste tesi e ognuno degli elementi che compongono la definizione fornita di "diritti fondamentali" (e che delle tesi sono argomenti) sono stati oggetto di numerosi ragionamenti e rilievi¹¹⁰, ma senza dubbio l'attenzione si è focalizzata precipuamente sulla relazione posta da Ferrajoli tra un concetto formale/strutturale (quale sarebbe la nozione presentata di diritto fondamentale) e una serie di ipotesi filosofico-politiche. Per quanto sottolineato più volte è questo l'aspetto che qui interessa maggiormente.

È stato Jori, che per molti aspetti si dichiara d'accordo con le proposte teoriche ferrajoliane, a osservare che ci troviamo di fronte a un ragionamento che è pieno di assunzioni etiche e politiche che entrano spesso in conflitto con la formalità della categoria proposta e con la tendenziale neutralità delle definizioni tipiche della teoria gene-

105 Le garanzie che un sistema di diritto può ammannire a tutela di un diritto soggettivo sono classificate in due tipi: primarie e secondarie. Le prime consistono negli obblighi di astenersi da o di tenere un comportamento, verso il titolare del diritto, le seconde consistono nelle sanzioni che scattano per riparare la violazione delle garanzie primarie, L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pag. 11.

106 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pagg. 27-32.

107 L. Ferrajoli a un certo punto dice che in base a queste tesi è possibile concepire il nuovo costituzionalismo (*Op. ult. cit.*, pag. 33); le cose sembrano stare al contrario. È a partire dalla concezione del costituzionalismo come nuovo paradigma del giuspositivismo che le quattro tesi presentate sembrano conseguire, soprattutto l'ultima, affermata in esplicita critica a Kelsen.

108 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pag. 33 e ss.

109 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pagg. 11-12.

110 Si vedano i saggi di Riccardo Guastini di Mario Jori e di Danilo Zolo contenuti in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

rale del diritto. Un po' in contraddizione con la propria adesione al paradigma costituzionalistico e normativistico così com'è concepito da Ferrajoli¹¹¹, Jori osserva perplesso che, seguendo le inclinazioni etiche che orientano il positivismo giuridico di questa versione delle tesi neocostituzionalistiche, ne segue un "imperialismo dei diritti"¹¹².

Ripete questa critica Bovero, anch'egli generalmente solidale con i suoi argomenti teorici, che invita Ferrajoli ad abbandonare l'intento di proporre concetti validi astrattamente anche rispetto ai contesti storici, e assumere più esplicitamente il profilo ideale e politico della propria definizione di diritti fondamentali¹¹³.

Anche Zolo ha contestato la cifra "teorica" della definizione di diritti fondamentali, notando l'incongruenza tra affermazioni ideologiche e normative e concetti logico-formali. Come Bovero, Zolo afferma che nel discorso di Ferrajoli sono evidenti i riferimenti a contenuti precisi e in particolare alla storia politica occidentale che ha affermato come fondamentali *certi* diritti e alle liberaldemocrazie contemporanee, fondate sul garantismo verso le libertà fondamentali e l'eguaglianza davanti alla legge¹¹⁴. Zolo di conseguenza si chiede qual è l'utilità di una nozione formale, "Mi chiedo: una formulazione logica può fornire un 'fondamento essenziale' ad una teoria normativa? Si può pensare che una teoria normativa -tanto più se riferita all'esperienza politica- possa prescindere da assunzioni di valore, da opzioni morali e da un implicito riferimento a conflitti, interessi e bisogni?"¹¹⁵.

A tutte le questioni sollevate e in particolare a quella metateorica del carattere dei concetti teorici e dei loro nessi con le opzioni assiologiche Ferrajoli ha risposto, come sempre, dettagliatamente, riprendendo la discussione sullo statuto epistemologico della scienza giuridica. Ha puntualizzato che per comprendersi bisogna distinguere tra teoria del diritto, dogmatica giuridica e assiologia giuridica (filosofia della politica e della giustizia). Ha ammesso di aver contribuito ai fraintendimenti provocati dal suo saggio per non aver provvidamente previamente distinto a quale piano del ragionamento le sue argomentazioni appartenevano¹¹⁶. Tuttavia, i dubbi e le ambiguità non sono venuti meno, tanto che Ferrajoli è dovuto ritornare sulle questioni con un altro saggio¹¹⁷ anche per rispondere alle critiche fattegli da più parti¹¹⁸. Ciò su cui i rilievi hanno insistito è la presenza di una vena giusnaturalistica nascosta (non dichiarata) nel positivismo e nel costituzionalismo ferrajoliani che dovrebbero così essere interpretati ben diversamente da come il suo autore li definisce¹¹⁹.

5. I PRESUPPOSTI FILOSOFICI DEL (NEO)COSTITUZIONALISMO

La proposta teorica di Ferrajoli va incontro alle due obiezioni che comunemente vengono rivolte da chi polemizza con le varie formulazioni del costituzionalismo contemporaneo. Per prima cosa si obietta che le tesi (neo)costituzionalistiche puntano a

111 M. Jori, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, cit., pagg. 77-83.

112 M. Jori, *Op. ult. cit.*, pagg. 91-100.

113 M. Bovero, *Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pagg. 236-238.

114 D. Zolo, *Op. ult. cit.*, pagg. 50-55.

115 D. Zolo, *Op. ult. cit.*, pag. 53.

116 L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 121-122.

117 Il saggio cui si fa riferimento è quello con cui la raccolta *Diritti fondamentali* si conclude, *I fondamenti dei diritti costituzionali*.

118 In particolare da E. Vitale A. Pintore e L. Baccelli nella raccolta *Diritti fondamentali*, cit.

119 L. Baccelli dice che la distinzione tra i due piani della riflessione giuridica è contraddetta dalla stessa argomentazione di Ferrajoli; così in *Diritti senza fondamento*, cit., pag. 204.

rimettere sul tappeto, non esplicitandola, una concezione giusnaturalistica del diritto che implicherebbe un'interpretazione rigida o comunque predeterminata del tessuto normativo e che, se estesa oltre i confini nazionali¹²⁰, pretenderebbe di valere universalmente, come insieme di valori oggettivo, consistendo invece in una particolare visione del mondo e dell'uomo¹²¹. La seconda obiezione, ben più sottile e problematica, concerne la democraticità della dottrina costituzionalistica. Pur cercando di saldarsi con i presupposti del principio democratico, il costituzionalismo attuale imposta, secondo i critici, un discorso che pregiudica la democrazia; ciò perché, tutto sommato, dietro l'affermazione dell'inviolabilità costituzionale (quindi dell'indecidibilità politica di alcune questioni normative), si cela un'effettiva sfiducia nei confronti della democrazia intesa come concreta (effettiva) partecipazione popolare¹²².

Questi rilievi sono rivolti a Ferrajoli sia, ovviamente, per la propensione accentuatamente universalistica della sua costruzione teorica sia per come, all'interno di essa, viene definita la relazione del contenuto prescrittivo della Costituzione con il complesso dell'ordinamento giuridico; una modalità di configurare la relazione tra le norme poste al vertice della gerarchia giuridica e le norme inferiori che ha rilevanti ripercussioni nel rapporto tra norma e interpretazione, delineando 'logicamente' l'essere del dover essere giuridico.

Stretto com'è tra l'assunto divisionista (non cognitivista) e quello giuspositivista¹²³, che impedisce di parlare di norme giuridiche se non prodotte giuridicamente (politicamente), secondo regole procedurali prestabilite, Ferrajoli soddisfa l'istanza di sottrarre un nucleo valoriale dalla contingenza politico-sociale configurando il linguaggio giuridico come discorso razionale¹²⁴ e, in qualche maniera, necessitato nei contenuti¹²⁵, sottraendolo alla labilità (vacuità) prescrittiva cui lo esporrebbe l'idea (normativistica) del nesso esclusivamente strutturale della trama del sistema giuridico; ciò è reso possi-

120 M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, cit. Sulle conseguenze di una simile concezione 'oggettivistica' delle norme costituzionali correlata alla "desoggettivizzazione" della sovranità (in questa prospettiva non più facilmente definibile come politica) si è soffermato G. Palombella in *Costituzione e sovranità*, cit., pagg. 107-108.

121 Per citare un autore non del tutto estrinseco all'approccio costituzionalistico, va ricordato A. Baldassarre il quale ha avanzato, alcuni anni or sono, osservazioni critiche in tal senso; in *Alcuni problemi sulla "globalizzazione" dei diritti dell'uomo e sulla loro concezione nelle democrazie pluralistiche*, in S. Caprioli, F. Treggiani (a cura di), *Diritti umani e*, Perugia 1992.

122 Queste tematiche sono esaurientemente affrontate da G. Palombella, in *Op. ult. cit.* Vedi soprattutto P. Barcellona, *Democrazia quale via di scampo?*, Bari, La meridiana, 1995 e *Politica e passioni*, Torino, Bollati Boringhieri, 1997. Pure A. Pintore, *Democrazia senza diritti. In margine a Kelsen democratico*, in <Sociologia del diritto>, n. 2, 1999. Per il dibattito americano, vivacissimo su questo tema, si possono vedere i contributi in J. Bohman e W. Rehg (edited by), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge (Massachusetts)-London, The Mit Press, 1997. Specie i saggi di I. M. Young e di F. I. Michelman.

123 Questa acuta osservazione viene fatta da A. Pintore che parla di tenaglia nella quale i diritti fondamentali che Ferrajoli intende preservare rimangono stritolati. Ciò che la Pintore vuol dire è che i postulati del giuspositivismo che Ferrajoli non vuole rinnegare diventano un fardello pesante quando, come in questo caso, si intende garantire qualcosa di prescrittivo ponendolo fuori dalla mutevolezza giuridica; così in A. Pintore, *Diritti insaziabili*, cit., pagg. 179-180.

124 Questo connotato dei sistemi giuridici 'costituzionalizzati' è da Ferrajoli attribuito più in generale ai sistemi giuridici moderni, cioè ai sistemi giuridici liberali e garantisti. Prima ancora dell'avvento delle costituzioni contemporanee, la 'razionalità' del diritto è per Ferrajoli il tratto distintivo del modello dello Stato di diritto, intendendo per "ragione di diritto" la coerenza logica che intercorre tra principi normativi superiori e norme inferiori; *Diritto e ragione*, cit., pag. XVII. Il concetto (o principio) di "stretta legalità", di legalità sostanziale, non è introdotto nell'esperienza giuridica dalle costituzioni del XX secolo ma sarebbe intrinseco all'idea illuministica dello Stato.

125 In un passaggio del saggio sui diritti fondamentali Ferrajoli ipotizza l'eventualità che i diritti sociali possano essere effettivamente (giuridicamente) tutelati, in omaggio al principio di eguaglianza e in ottemperanza al dovere della solidarietà sociale, con la previsione in Costituzione di quote fisse del bilancio statale da destinare ai vari capitoli di spesa. In tal modo si permetterebbe alla giurisprudenza di controllare la 'costituzionalità' delle leggi finanziarie. Vedi *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pag. 32.

bile per mezzo della ridefinizione della validità delle norme giuridiche che ne lega il contenuto ai principi costituzionali e comporta conseguentemente una concezione dell'attività di interpretazione non più 'vincolata' dal carattere solo formale-procedurale dei nessi interni al sistema giuridico¹²⁶.

Questa operazione, che è l'elemento essenziale dell'impostazione 'costituzionalistica' del diritto, nella 'versione' qui presa in considerazione raggiunge, come si tenterà di dimostrare, un esito estremo che si cela per molti aspetti nel modo in cui sono pensate dogmatica e teoria, distinte ma, come s'è veduto, continuamente intrecciate nell'argomentazione ferrajoliana. Il punto è importante perché mostra quanto l'universalismo messo in campo sia filosoficamente significativo e connotato e non possa desumersi come oggettiva enunciazione dei contenuti del diritto vigente.

La sommaria analisi del rapporto tra dogmatica e teoria non viene perciò qui fatta in una prospettiva epistemologica, concernente la natura delle operazioni teoriche sul diritto e più in genere sullo statuto della scienza giuridica, ma con l'intenzione di comprendere il ruolo strategico che nell'architettura discorsiva di Ferrajoli la distinzione tra i due piani della riflessione giuridica sembra ricoprire. Ciò perché Ferrajoli distingue le possibili attività concettuali concernenti l'universo delle questioni giuridiche, sulle orme delle definizioni formulate da Bobbio¹²⁷, tra dogmatica giuridica (che sarebbe tendenzialmente descrittiva) teoria giuridica (che sarebbe rivolta alla definizione di categorie generali del fenomeno giuridico e per questo tendenzialmente propositiva) e filosofia (giuridica politica o morale, cui pertengono le speculazioni sui valori e i principi da proporre quali riferimenti o modelli di giustizia della normazione giuridica), dando a tale distinzione un posto di rilievo riguardo alle proprie elaborazioni e al significato che di volta in volta esse assumono. Ma, malgrado tutto, in questa separazione di ambiti di 'giurisdizione' risulta non pacifica la posizione della teoria. Quest'ultima sembra (e il modo di procedere concettualmente di Ferrajoli lo conferma) schiacciata tra le operazioni di sistemazione del diritto positivo e quelle di formulazione di verità (tesi) filosofiche (che, per i postulati epistemologici non cognitivisti dichiarati e assunti a fondamento del suo lavoro da Ferrajoli, sono da ritenersi arbitrarie e, quindi, interpretabili come 'scelte' ideali).

D'altra parte, quello che dice in vari passaggi lo stesso Ferrajoli consente di dire che la teoria non prescinde dall'esperienza 'positiva' e ne garantisce una sistemazione concettuale più astratta. Non è chiaro perciò perché si tiene ferma così rigidamente la distinzione della teoria dalla dogmatica, finendo per creare confusione sia per l'insistenza nel richiamare le caratteristiche dell'avalutatività e dell'astrattezza, che sarebbero proprie delle categorie della teoria giuridica, sia perché nelle costruzioni teoriche si scorgono, in alcuni casi nitidamente, assunti filosofici. Per Ferrajoli la dogmatica è elaborazione di concetti al fine di sistemare e interpretare il dettato normativo che il giurista si trova a dover applicare; si tratta della classica maniera di intendere la scienza del diritto (*scientia iuris*) come attività descrittiva del disposto normativo da parte del giurista, attività che da tempo, anche il pensiero giuridico più legato a tale concezione, riconosce non essere mai del tutto descrittiva¹²⁸. La teoria, viceversa, è definita come costruzione concettuale e convenzionale di concetti generali allo scopo di fornire, comunque, strumenti ermeneutici al giurista¹²⁹.

126 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pag. 347 e ss.

127 N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, ora in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni Comunità, 1976.

128 Lo sostenne Bobbio, facendo notizia, in *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, ora in N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, E.S.I., 1992.

129 Su questa distinzione si possono trovare diversi luoghi in cui Ferrajoli vi si è soffermato, così è successo anche ne *La cultura giuridica italiana del Novecento*, cit., (pag. 105 e ss.).

Basta questo per mettere in dubbio la plausibilità e l'utilità di definire nel medesimo tempo 'neutrali' le categorie teoriche, come dimostra la tanto discussa definizione di diritto fondamentale, definizione che spesso esibisce evidenti debiti non generici con la specifica realtà giuridica "I diritti patrimoniali in tanto sono singolari in quanto possono formare oggetto di scambio nella sfera del mercato oltre che –per esempio nell'ordinamento italiano in base al 3° comma dell'art. 42 della costituzione- di espropriazione per pubblica utilità. I diritti fondamentali, invece, in tanto sono universali in quanto sono esclusi da tale sfera non potendo nessuno privarsene, o esserne privato o menomato... Ne risulta convalidata la nostra nozione formale di diritto fondamentale..."¹³⁰.

Nella misura in cui si ribadisce che la teoria serve a orientare l'interpretazione giuridica, essa non solo non si mostra indipendente dalle particolari esperienze giuridiche cui si rivolge e da cui prende spunto, ma è essenzialmente funzionale all'attività interpretativa e sistematica (e quindi dommatica) dell'ordinamento giuridico. Essa sembra non essere separabile dalla dogmatica costituire anzi la sfera, per così dire, più 'alta' del lavoro interpretativo, nella quale si affrontano direttamente i problemi di 'indirizzo' politico-assiologico (e si entra in contatto con la dimensione etica e filosofica) nei casi in cui sembra maggiore la sfera di discrezionalità entro la quale l'interprete può muoversi.

A conti fatti, nel ragionamento di Ferrajoli dommatica e teoria sembrano costituire un circolo persuasivo; quella che sembra un'interpretazione del diritto positivo non può che essere, proprio per quanto sostenuto dall'autore, orientata filosoficamente lì dove spazi di arbitrarietà interpretativa vi sono. Ciò ingenera il dubbio che, più o meno consapevolmente, questa operazione di interpretazione del diritto vigente in un'ottica cosmopolitica nel suo insieme consista nell'affermare (nel certificare) l'universalità pragmatica (positiva) di taluni principi giuridici assicurandone poi, attraverso la sistemazione teorica, l'universalità (l'universabilizzabilità) concettuale.

Ferrajoli, inserendo la dimensione teorica, non assume esplicitamente di scegliere una linea interpretativa e assiologicamente orientata, ma trasfigura il discorso come discorso astratto quasi che esso fosse effettivamente neutrale. Ciò avviene a maggior ragione perché la teoria viene definita come logica giuridica, logica del discorso normativo del diritto che, in seguito alla "positivizzazione costituzionale dei 'diritti naturali'", è divenuto un sistema parzialmente nomostatico¹³¹. Secondo Ferrajoli, infatti, la teoria del diritto ha subito un cambiamento che è essenzialmente legato al nuovo costituzionalismo in seno al quale è mutato il discorso giuridico (divenuto normologicamente coerente) ed è mutato lo stesso paradigma giuspositivistico rispetto al paleopositivismo¹³². La teoria del diritto, dunque, assume il profilo di logica deontica grazie alla peculiare pregnanza logico-prescrittiva che alle norme giuridiche superiori (le norme costituzionali) viene attribuita e questo rimarca, tra l'altro, quanto essa (la teoria) sia poco astratta rispetto all'esperienza giuridica (entro cui si 'muove' e verso cui si orienta).

Il circolo 'persuasivo' si chiude in modo da presentare il discorso giuridico vincolato e vincolante nei significati contenuti dal disposto letterale delle norme, o meglio, come se fosse un insieme di precetti quasi auto-operante cui giuristi e politici debbano attenersi fedelmente¹³³. Stando così le cose, si è potuto dire che questa è la maniera attraverso la quale si cerca di salvare e stabilizzare un complesso di principi morali dalla contingenza storica¹³⁴.

130 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pag. 15.

131 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pag. 348-351.

132 L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, cit., pag. 157 e ss.

133 A. Pintore, *Diritti insaziabili*, cit., pag. 190

134 A. Pintore, *Op. ult. cit.*, pagg. 187-189 e L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, cit., pagg. 149-150.

Si è già visto che dietro il concetto di diritto fondamentale non è difficile cogliere i presupposti della cultura politica e istituzionale occidentale degli ultimi quattro secoli e la sottesa filosofia e antropologia: l'individualismo, il relativismo etico, il liberalismo politico e il razionalismo illuministico¹³⁵. Sono questi i tratti cardinali della filosofia sociale che Ferrajoli ha posto alla base del proprio lavoro quantomeno sin da *Diritto e ragione*. I successivi sforzi teorici sono del tutto in continuità con quella elaborazione del modello dello Stato di diritto.

Ferrajoli stesso puntualizza in più punti la continuità dei propri scritti e quindi è possibile dire che l'opera ferrajoliana ha una omogeneità tematica molto precisa: la teorizzazione del modello filosofico dello Stato di diritto e del paradigma filosofico-giuridico del costituzionalismo. Si può dire dunque che, dopo aver dedicato il proprio impegno alla comprensione profonda della filosofia politica considerata come la cultura espressa dalla modernità europea: l'Illuminismo e il modello istituzionale del "garantismo", Ferrajoli si sia dedicato alla lettura della realtà giuridica alla luce di tale comprensione filosofica. Il lavoro di teoria generale al quale gli sforzi di Ferrajoli sono rivolti e di cui la definizione del concetto di diritto fondamentale è un tassello da questa angolazione appare come una sistemazione del materiale giuridico esistente alla luce di una lettura dogmatica ma orientata da una specifica interpretazione del significato dell'esperienza politica europea. Guardata dal lato opposto, l'impalcatura teorica che si è qui analizzata può esser vista come l'elaborazione di un sistema teorico-giuridico, di un modello assiologico, con il quale orientare l'interpretazione del diritto esistente. Considerata da un'angolazione o dall'altra, la proposta avanzata non è conciliabile con le idee di neutralità e formalità alle quali Ferrajoli non sembra voler rinunciare del tutto quali caratteristiche delle categorie della teoria giuridica. Queste contraddizioni, come si è già accennato, sono in una certa misura presenti nel volume sul "garantismo" (sullo Stato di diritto) e sembrano contraddistinguere nel suo complesso il lavoro teorico di Ferrajoli.

Lo Stato 'garantista' si basa sulla separazione di diritto e morale, che è poi il postulato del positivismo giuridico e della corrispondente epistemologia razionalistica secondo il nesso sistematico che Ferrajoli ricostruisce, ma è stato ampiamente rilevato¹³⁶ come questo modello sia pieno di contenuti etici e filosofici. In più punti di *Diritto e ragione* ciò appare evidente e lo stesso autore ne dichiara (contraddittoriamente) lo spessore assiologico dicendo che lo Stato di diritto, così come è configurato, contiene opzioni etiche¹³⁷. Se ne ricava che è espressione di una filosofia relativista in etica e individualista in politica. Il modello, come organizzazione politica, è derivato da una precisa filosofia sociale che è quella del giusnaturalismo e contrattualismo liberali, che dell'individuo come entità pre-

135 Su tali caratteristiche del pensiero politico moderno si rinvia qui solamente a C. Galli, *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, il Mulino, 1988; P. Barcellona, *Il racconto dell'occidente*, Catania, CUECM, 1999.

136 Tra gli altri, da D. Zolo e P. Costa in L. Gianformaggio *Le ragioni del garantismo*, cit.

137 Come si è precedentemente osservato, Ferrajoli ricostruisce la *ratio* garantista dello Stato di diritto come conseguenza dello 'sguardo' illuministico sulle istituzioni sociali. Questa lettura dello Stato moderno sembra spesso 'relativizzare' che esso è impostato (per non dire dedotto) da una chiara concezione filosofica. Ciò emerge paradossalmente nelle pagine di *Diritto e ragione*: "Come si è detto nel par. 15, la separazione tra legittimazione interna e legittimazione esterna –cioè tra diritto e morale, o tra la validità e la giustizia– costituisce una conquista basilare del pensiero giuridico e politico moderno." "...ho identificato il principale connotato del 'garantismo', e al tempo stesso della 'democrazia sostanziale', nel primato assiologico di quello che ho chiamato 'punto di vista esterno' rispetto al 'punto di vista interno' del sistema politico, ossia nel carattere strumentale del diritto e dello stato rispetto a finalità, valori...extra-statali e meta-giuridici....' Punto di vista esterno' o 'dal basso' vuol dire anzitutto punto di vista delle *persone*. Il suo primato assiologico, conseguentemente, equivale al primato della *persona come valore*, ovvero del *valore delle persone*, e quindi di tutte le loro specifiche e *diverse identità* nonché della varietà e *pluralità dei punti di vista esterni* da esse espressi."; rispettivamente pag. 348 e 947-948, ma si veda per esempio pure pagg. 971-974.

sociale e delle sue facoltà (diritti) pregiuridiche ha fatto il fondamento di giustizia e legittimità delle istituzioni politiche, dello Stato e della stessa vita associata¹³⁸,

“Il garantismo, in senso filosofico-politico, consiste essenzialmente in questa fondazione etero-poietica del diritto...esso consiste da un lato nella negazione di un valore intrinseco del diritto...dall'altro nella concezione utilitaristica e strumentalistica dello stato, finalizzato soltanto alla soddisfazione di aspettative o diritti fondamentali.”¹³⁹

A questa filosofia e antropologia, che pone la politica e il diritto in funzione della libertà soggettiva “naturale” e delle esigenze individuali, Ferrajoli sembra intimamente aderire. Il suo modello di costituzionalismo è così non certo culturalmente (filosoficamente e assiologicamente) universale perché evidentemente derivato da una visione politica e assiologica molto ‘spessa’¹⁴⁰ radicata nella tradizione europea¹⁴¹. L’universalismo in questo caso è profondamente incastonato nella cultura individualista e razionalista del liberalismo filosofico¹⁴².

Questa idea, cardine del contrattualismo liberale, dei diritti come principi fondamentali, in quanto fondanti¹⁴³, dell’ordine politico e scopi primari del diritto e della politica è l’idea centrale delle teorie costituzionalistiche di cui Ferrajoli è un lucido interprete anche per la maniera in cui viene concepita la democrazia, alla luce di questo “sistema dei diritti”, come democrazia ‘costituzionale’¹⁴⁴.

138 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pagg. 893-894 e 922-925.

139 L. Ferrajoli, *Op. ult. cit.*, pag. 927.

140 È un’espressione che M. Walzer utilizza per indicare insieme valoriali ed epistemici (principi e intuizioni cognitive) molto definiti (culture), contrapposti a complessi minimi su cui è più plausibile convergere pur provenendo da culture ‘spesse’ parecchio diverse; vedi *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994.

141 Queste notazioni sono state avanzate, da ultimo, ancora da L. Baccelli, in *Diritti senza fondamenti*, cit., pagg. 205-207 e da E. Vitale che ha concesso a Ferrajoli che il suo sistema dei diritti può non essere ‘naturalisticamente’ fondato ma che ineludibilmente è filosoficamente incommunicabile a tutte le antropologie e culture non individualistiche, *Sulla fondazione dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 230-234.

142 Su questi profili fondamentali i lavori di D. Zolo, di cui qui si ricorda solo *Chi dice umanità*, Torino, Einaudi, 2000. Così pure P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*. Troina (Enna), Città aperta edizioni, 2001.

143 Tale carattere “fondante” dei diritti fondamentali è affermato da M. Bovero, anch’egli autorevole esponente delle tesi ‘costituzionalistiche’, che ascrive a Bobbio l’aver colto questo significato originario, genealogico rispetto alla politica, dei diritti umani; così in *Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

144 È interessante notare, perché non casuale, che con l’autore che più di ogni altro è reputato il capostipite del paradigma dei diritti e del neocostituzionalismo, Ronald Dworkin, Ferrajoli ha in comune, in un certo senso, il percorso tematico. Così come l’elaborazione della propria complessa architettura teorica parte dalla considerazione primaria rivolta al lato penalistico degli assetti giuridici moderni, pure Dworkin avvia la propria comprensione della tradizione giuridica anglosassone (statunitense) partendo dalla problematica della giustificazione della pena (del *Punishment*) nel ‘*criminal Law*’. Per Dworkin è nel definire e nel delimitare i compiti essenziali della teoria giuridica (*Jurisprudence*) che quello della giustificazione delle misure penali viene individuato come il banco di prova prioritario della riflessione giuridica; vedi *Taking Rights Seriously*, cit., pagg. 7-13. Senza alcun dubbio negli scritti di Dworkin è possibile rinvenire gli argomenti centrali della democrazia come ‘costituzionale’, intendendo per essa l’organizzazione sociale in cui le istituzioni agiscono prendendo in egual considerazione gli interessi di tutti i cittadini e in cui il principio di maggioranza è subordinato al rispetto dei diritti individuali. Questa limitazione del potere della maggioranza democratica assicura ciò che in democrazia dovrebbe essere in decidibile e indisponibile, perché garantisce gli stessi presupposti della vita democratica di una collettività (la stessa importanza di fronte all’agire delle istituzioni e l’eguale rilevanza della partecipazione dei cittadini al processo di formazione democratica delle decisioni pubbliche) e perché assicura alle istituzioni pubbliche il rispetto (e la legittimità) da parte dei singoli cittadini; vedi *Op. ult. cit.*, pag. 184 e ss. e in specie 204-205, vedi pure *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996, pagg. 15-25.

6. LE APORIE DELLA DEMOCRAZIA ‘COSTITUZIONALE’

La democrazia è ‘costituzionale’ perché essa trova nella costituzione i suoi principi organizzativi ma anche i suoi contenuti politici, cioè i suoi fini e obiettivi sociali. La democrazia è costituzionale perché nelle disposizioni costituzionali è definita la struttura normativa di una collettività democratica, le regole affinché possa darsi vita democratica, e insieme l’orizzonte politico futuro. La democrazia è costituzionale perché ha nella costituzione il suo radicamento e la sua delimitazione, ma non perché essa ‘limita’ la democrazia ma perché ne custodisce le possibilità stesse d’esistenza¹⁴⁵. La tesi centrale dell’approccio ‘costituzionalistico’ alla democrazia è quella dell’indecidibilità sui principi fondamentali affermati nel testo costituzionale e non passibili di discussione (revisione) politica, seppur democratica; questi principi coincidono, essenzialmente, con i diritti fondamentali.

L’argomento del principio d’invulnerabilità dei diritti fondamentali quale architrave della democrazia stessa consente di leggere l’idea della democrazia ‘costituzionale’ come concezione in cui democrazia e Stato di diritto coincidono perché le forme, le tecniche e i canali giuridici apprestati per la garanzia dei diritti soggettivi sono reputati capaci d’assicurare insieme il pieno dispiegamento della democraticità sociale. Il significato che vien dato alla Costituzione sembra però andar oltre e consistere, in buona sostanza, nella definizione (fissazione) formale (giuridica) di un “ordine obiettivo di giustizia”¹⁴⁶, cioè del progetto politico ideale che una collettività sceglie per sé stessa. Un tale profilo non è riscontrabile solo in chi come Zagrebelsky pone al centro della figura dello “Stato costituzionale” oltre ai diritti anche principi di giustizia¹⁴⁷, ma pure in un’ottica come quella di Ferrajoli, tutta basata sulla prescrittività dei diritti individuali, come abbbiam visto le “prepolitiche” prerogative individuali vengono ‘sistematate’ in modo da rappresentare la finalità della politica¹⁴⁸.

Su queste tesi si è sviluppata negli ultimi decenni una polemica sempre più intensa¹⁴⁹ che di fatto ruota intorno alla classica *querelle* tra costituzionalismo/liberalismo e democrazia, ma che per la ‘nuova’ rilevanza che ai diritti individuali viene attribuita può esser vista oggi sotto una nuova luce. I critici di una simile maniera di spiegare il ruolo delle costituzioni negli assetti delle liberaldemocrazie(/socialdemocrazie) odierne sostengono la presenza di una sostanziale vena antidemocratica nelle teorie neocostituzionalistiche. La critica ‘democratica’ obietta che la democrazia ‘costituzionale’, così come la si è descritta, sottrae al titolare della sovranità in democrazia, il *demos*, ciò che dovrebbe continuamente essere rimesso alla dialettica democratica. Ciò avverrebbe attraverso la teoria dell’esaurimento del ‘potere costi-

145 Tali presupposti teorici sono alla base anche del tentativo di J. Habermas di costruire una teoria giuridica della democrazia (deliberativa); in questo caso l’elemento partecipativo, la *vita activa*, sembra avere maggior rilevanza. La teoria habermasiana si discosta dall’impostazione neocostituzionalistica perché fa dei principi costituzionali la garanzia strutturale del processo deliberativo pubblico individuando queste norme fondamentali della democrazia nei diritti fondamentali, da ciò ne scaturisce una maniera di guardare al potere giurisprudenziale del tutto diversa, se non opposta, a quella che caratterizza il neocostituzionalismo prevalente, vedi *Fatti e norme*, cit., pagg. 308-309.

146 Davvero magistrale la maniera in cui questo significato delle costituzioni scaturite dall’esperienza della “seconda guerra mondiale” viene ‘mostrato’ da Zagrebelsky, in *Il diritto mite*, cit., pagg. 123-146.

147 R. Alexy è uno dei protagonisti di questa rilettura del diritto costituzionale; soprattutto in *Begriff und Geltung des Rechts*, München, Alber-Reihe, 1992 (trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997) e *Discourse Theory and Human Rights*, in AA. VV., *Rights*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1997.

148 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pagg. 926-928

149 Di questo dibattito una esauriente ricostruzione dà G. Palombella in *Costituzione e sovranità*, cit. Vedi anche A. Carrino, *Democrazia e governo del futuro*, Roma, Edizioni Lavoro, 2000 e J. Bohman e W. Rehg (edited by), *Deliberative Democracy*, cit.

tuente¹⁵⁰ e la teoria dei diritti fondamentali quali fini primari della politica rimessi, per la loro garanzia e per la loro effettiva valenza pratica, alla ‘amministrazione’ della *iuris prudentia*. Gli scritti di Ferrajoli per molti versi sviluppano in maniera estrema questi profili e proprio da questa prospettiva e in questo senso sono oggetto delle osservazioni critiche di Anna Pintore.

Le critiche della Pintore non si riferiscono esclusivamente alla questione filosofico-politica della limitazione della sovranità popolare e cioè di quanto la rigidità del sistema dei diritti, il principio della loro protezione come garanzia di spazi d’azione individuale dalla decisione pubblica (dalla politica), contrasti con il principio della dinamica politica come autodeterminazione collettiva¹⁵¹. La Pintore sottolinea il rilievo che la peculiare rilettura del normativismo e della nomodinamica (giuridica) da parte di Ferrajoli assume in quanto delinea un vincolo contenutistico (costituzionale) all’attività di produzione giuridica che non consente di restare entro la concezione positivista del sistema giuridico e ascrive alla giurisprudenza un ruolo normativo (produttivo del diritto) eccedente le stesse competenze del potere politico¹⁵².

Le tesi del costituzionalismo sono contestate soprattutto per la constatazione che esse considerano (o perlomeno tendono a presentare) i diritti e i principi, la piattaforma indicata dalla costituzione, come un sistema normativo definito, come un insieme di contenuti regolativi indipendenti dalla decisione e comparazione politica. Il rilievo principale infatti attiene alla cosiddetta “amministrazione dei diritti”, cioè al fatto che se gli assetti costituzionali contengono grandi principi (tra cui l’individuazione delle prerogative soggettive ritenute inviolabili) essi non sono a contenuto rigido e certo, ma vago e politicamente (e giuridicamente) definibile (e da definire)¹⁵³. La critica al costituzionalismo (e alla sua proiezione universalistica) in definitiva converge i molteplici argomenti critici in questo punto, sul fatto che non si mette al centro della riflessione teorica quello che è il significato ‘politico’ (oltre che giuridico) delle disposizioni costituzionali e dei diritti costituzionalmente selezionati¹⁵⁴.

Invece di pensare la Costituzione come punto di partenza della dialettica politica e spazio simbolico su cui misurare le trasformazioni sociali e i dibattiti pubblici democratici¹⁵⁵, la tendenza della cultura giuridica contemporanea (questa la critica) è quella di identificare l’episodio costituzionale con quello (metaforico) fondativo della società: il contratto sociale¹⁵⁶. Per questa via il patto costituente assume, più o meno consapevolmente, lo spessore di una decisione politica originaria (costituente) non sulla forma di organizzazione che un popolo determina di darsi¹⁵⁷ ma sull’ordine etico cui

150 Riassuntiva di queste tesi anche la chiara esposizione di M. Luciani, *Quattordici argomenti contro l’invocazione del potere costituente*, in <Democrazia e diritto>, n. 3-4, 1995 e ancora *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in <Rivista di diritto costituzionale>, n. 1, 1996.

151 A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, *passim*.

152 A. Pintore, *Diritti insaziabili*, cit., pagg. 192-193 e pag. 199 alla nota 40.

153 A. Pintore, *Ult. op. cit.*, pagg. 189-191 e L. Baccelli, *Diritti senza fondamento*, cit., pagg. 209-210. Sulla connotazione democratica della determinazione ‘concreta’ dei diritti J. Waldron, *A Right-based Critique of Constitutional Rights*, in <Oxford Journal of Legal Studies>, 1993.

154 Per questi rilievi vedi G. Palombella, *L’autorità dei diritti*, cit., pagg. 54-59, 97-130.

155 A. Pintore, *Op. ult. cit.*, pagg. 194-195.

156 A. Pintore, *Op. ult. cit.*, pagg. 187-189. Uno dei primi pensatori che hanno messo alla berlina l’idea delle costituzioni scritte, insieme al concetto dei diritti dell’uomo, è il ‘reazionario’ francese Joseph de Maistre. Si può vedere su ciò A. Carrino, *La costituzione come esistenza. Ordine e sovranità in Joseph de Maistre*, in *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1998, in particolare, pagg. 36-39. Anche M. Dogliani *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994 pagg. 200-202.

157 Ad aver messo in questi icastici termini la riflessione sul momento costituzionale è C. Schmitt in *Dottrina della costituzione*, cit., pag. 15 e ss. Vedi H. Hoffman, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, E.S.I., 1999.

vuole informare il proprio ordinamento giuridico¹⁵⁸. In questa linea i principi fondamentali diventano un punto di irradiazione della vita politica e giuridica che racchiude tutte le possibilità di una società politica (democratica pluralista o liberale che sia) e perciò a essi gli interpreti del sistema giuridico possono attingere per svolgere l'attività di regolazione della realtà materiale. Non è un caso che queste tesi sulla pregnanza prescrittiva dei principi costituzionali stiano insieme alla tesi dell'inammissibilità giuridica della sovranità e del potere costituente¹⁵⁹. Seppure il parlare di dottrine 'costituzionalistiche' come dottrine dell'ordine ottimale può sembrare sbilanciare l'analisi su alcune posizioni più estreme¹⁶⁰ è pur vero che ciò che sembra il tratto di fondo di tale modo di concepire i documenti costituzionali è la potenzialità che in essi viene individuata di orientare l'attività ermeneutica e applicativa della giurisprudenza, in modo quasi auto-sufficiente. Considerato il ruolo che alla scienza del diritto e in specie all'interpretazione dell'ordinamento da parte dei giudici viene riservato¹⁶¹, in relazione al tessuto costituzionale definito sulla base dei principi fondamentali che contiene, l'assetto costituzionale si configura come il contenitore di tutte le regole (soluzioni) giuridiche applicabili caso per caso dal singolo giudice. La teoria della fine della sovranità completa il quadro. Nonostante ci si sforzi di sostenere la compatibilità tra democrazia e affermazione dell'esaurimento del potere costituente, affermare l'inutilità del concetto di sovranità popolare (ben oltre dunque l'esaurimento del 'terribile potere') vuol dire indicare l'ordine costituzionale come modello da seguire per la vita collettiva che anche dalla prospettiva del *demos*, il sovrano ormai obsoleto, può solo essere rispettato. Si può parlare di costituzione *sub specie aeternitatis* in quanto gli assetti costituzionali sono concepiti, in questa linea dottrinale, come fenomeno attraverso il quale il sistema giuridico (l'organizzazione giuridica di una collettività) ha 'nominato' i valori morali cui i 'funzionari' del diritto devono attingere, in ultimo, per l'attività di normazione delle fattispecie concrete (e di amministrazione della giustizia). Nonostante il riconoscimento del carattere 'ampio' delle indicazioni semantiche delle norme fondamentali, esse vengono considerate come capaci di dettare soluzioni alla giurisprudenza proprio là dove si presentano implicazioni valoriali e politiche più delicate e controverse¹⁶². Questa tendenza

158 In tal senso G. Zagrebelsky *Il diritto mite*, cit., pagg. 158 e ss.

159 Questa teoria è stata ampiamente discussa da G. Palombella che ha argomentato una convincente contro-teoria della giuridicità del potere costituente proprio in relazione all'adesione al principio democratico; vedi *Costituzione e sovranità*, cit., pagg. 21-39.

160 Zagrebelsky definisce l'insieme dei principi fondamentali (di giustizia) un riferimento per l'interprete del diritto che 'guarda' il caso concreto, la fattispecie, illuminata dai criteri valoriali contenuti in costituzione. Ancora di più, la realtà attraverso i valori costituzionali che la irraggiano manifesta la propria *ratio*. Non sono neanche i principi fondamentali che designano un ordine oggettivo di giustizia ma la realtà che grazie ai valori si svela. Qui ha proprio senso parlare di 'ontologismo della costituzione' (se non dei diritti).

161 Sono R. Dworkin e R. Alexy i due autori forse più noti per aver affermato la centralità del ruolo dei giudici nell'applicazione dei sistemi giuridici degli Stati contemporanei, con il loro *pedigree* assiologico. Per entrambi l'apertura dei sistemi giuridici a principi di giustizia ha sancito la necessità che la normazione giuridica si richiami a valori morali per giustificarsi. Ciò ha reso definitivamente superate tutte le visioni positivistiche schematiche per le quali il diritto non ha nulla a che fare con la morale. Nell'uno come nell'altro però il fenomeno giuridico è strutturalmente legato al ragionamento pratico, la legittimazione di una obbligazione giuridica è comunque legata alle ragioni morali che essa esibisce al momento dell'argomentazione giuridica. Vedi R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, il Saggiatore, 1989, pagg. 376-383 e R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit.

162 Palombella ammette che le dottrine costituzionalistiche muovono dall'esigenza di afferrare il significato delle norme costituzionali per circoscrivere l'orizzonte normativo che presiede al sistema giuridico, ma osserva che il passo successivo dei neocostituzionalisti rimane tendenzialmente la restituzione del compito di definizione all'operare dell'ermeneutica giurisprudenziale e alla teoria giuridica " Il neocostituzionalismo fa dell'argomentazione razionale su principi costituzionali e sui connessi valori, il mezzo per attribuire forza di norme giuridiche alle proprie conclusioni 'moralì', spostando la responsabilità normativa dai luoghi della produzione a quelli dell'interpretazione del diritto"; in *L'autorità dei diritti*, cit., pag. 121.

è certamente particolarmente evidente in Ferrajoli. Questi difatti accredita l'impressione che dei diritti e delle norme costituzionali si possa avere uno sviluppo quasi meccanico per lo spessore semantico prescrittivo di esse che richiede semplicemente l'enunciazione da parte dei giuristi e della giurisprudenza (prioritariamente)¹⁶³.

La strategia neocostituzionalistica e l'affidarsi alla sapienza della cultura giuridica, ai giudici quali custodi del nucleo di equità e solidarietà insito nei principi del diritto contemporaneo, non consentono di affrontare il punto nevralgico della politica contemporanea. Questo consiste non in una questione di formule giuridiche ma inevitabilmente in una questione sociale e di ripartizione del potere sociale (e delle risorse collettive), perciò pone con forza il problema della partecipazione collettiva¹⁶⁴.

163 La Pintore ha osservato che ad essere problematico è il nesso giuspositivistico che Ferrajoli descrive tra esistenza giuridica (vigenza) delle norme sui diritti ed esistenza giuridica dei diritti. Le difficoltà, da un punto di vista giuspositivistico, non vertono sull'oggettiva esistenza delle norme, ma sulla oggettiva esistenza di un contenuto specifico di esse, che Ferrajoli sembra identificare *tout court* con i diritti previsti, ma che invece da essi deve essere estratto, cioè deve essere definito; in *Diritti insaziabili*, cit., pagg. 185-186.

164 Su ciò B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, cit., in specie pag. 351 e ss. Bisogna rimarcare che in Habermas i diritti fondamentali sono ben distinti dai valori o dai principi sostanziali che nelle costituzioni possono pur trovare spazio. La ragione di questa rilevante differenza rispetto al paradigma neocostituzionalistico à la Dworkin è proprio che Habermas diffida dei giudici più che della democrazia. La vaghezza dei contenuti precettivi costituzionali è per Habermas un varco pericoloso per l'arbitrio, o il *surplus* di potere, dei giudici e non della maggioranza parlamentare. Si delinea qui una differenza essenziale tra il Neocostituzionalismo e la priorità che ai diritti fondamentali Habermas assegna perché per lui questi sono semplicemente il dover essere (norma generale) morale e giuridico di un processo (e dell'organizzazione istituzionale che lo garantisce) democratico. Considerare i diritti come valori apre la strada a una determinazione giudiziaria di ciò che spetta decidere invece al processo deliberativo collettivo, la precisazione di ciò che i principi o valori costituzionali devono significare; vedi *Fatti e norme*, cit., 302 e ss. Di Habermas in tal senso pure *Popular Sovereignty as Procedure*, in J. Bohman e W. Rehg (edited by), *Deliberative Democracy*, cit.