

Diritti insaziabili

ANNA PINTORE

1. Il problema della tenaglia

Queste pagine si propongono l'obiettivo di criticare una tendenza oggi molto diffusa nella filosofia politico-giuridica, italiana e non: la tendenza a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*¹, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale di cui li facciamo scaturire. A mio avviso le idee espresse negli ultimi anni da Luigi Ferrajoli, specialmente a partire da *Diritto e ragione* (1989) fino ad alcuni scritti recenti (Ferrajoli 1994, Ferrajoli 1998a, Ferrajoli 1998b, Ferrajoli 1999a, Ferrajoli 1999b), non solo esemplificano assai bene questa tendenza, ma la portano all'estremo limite e al suo punto di crisi. Perciò assumerò queste idee come paradigmatiche nella mia critica, la quale, tuttavia, ambisce ad avere una portata più generale, e colpire tutte quelle filosofie politiche che conducono la difesa dei diritti fino al sacrificio degli stessi connotati democratici dei nostri ordinamenti costituzionali².

Ciò che rende particolarmente interessanti le tesi di Ferrajoli sui diritti fondamentali è il fatto che esse si sviluppano entro una cornice che si presenta come rigorosamente divisionista e al contempo giuspositivista. Questo, in due parole, significa che per Ferrajoli da un lato i diritti fondamentali non sono frutto di una deduzione razionale dalla natura delle cose, né sono altrimenti fondabili; dall'altro lato, che la loro esistenza siccome diritti *giuridici* dipende esclusivamente da un atto di posizione dell'*auctoritas*, statale o sovranazionale che sia³.

Tuttavia, il divisionismo e il giuspositivismo operano come una sorta di tenaglia, nella quale i diritti rischiano di finire stritolati. All'interno di questa cornice molto esigente, infatti, ai diritti sembra destinato un equilibrio strutturalmente precario. Una volta sradicati dal tessuto oggettivo del contrattualismo politico e dell'etica liberale nel quale nacquero, si è costretti ad affidarli interamente a un diritto che è nella sua essenza *auctoritas* e non *veritas*; ma l'autorità è volontà, e la volontà può farsi arbitrio: così come può *porre* diritti, allo stesso modo può toglierli. I diritti in tale quadro sembrano appesi a se stessi, o meglio agli esili e imprevedibili percorsi della storia, peraltro recente, del costituzionalismo moderno: insomma, paradossalmente per il divisionista, a un puro fatto.

¹Riprendo l'espressione da Sebok 1997.

²In queste pagine mi occuperò dunque solo dell'aspetto filosofico-politico, e non di quello teorico-giuridico, della teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli; non affronterò, pertanto, il problema se la sua definizione di 'diritto fondamentale' sia dal punto di vista della teoria giuridica più o meno adeguata, né mi occuperò della distinzione teorica tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali. Il concetto di diritto fondamentale verrà qui adoperato in senso esclusivamente assiologico.

³"Se non vogliamo cadere in una forma di paradossale giusnaturalismo realistico e non vogliamo far svolgere alle nostre teorie funzioni legislative, dobbiamo ammettere che i diritti e le norme che li esprimono esistono tanto quanto sono positivamente prodotti dal legislatore, sia esso ordinario, o costituzionale o internazionale" (Ferrajoli 1998a, 25).

Hanno buon gioco, allora, i critici giusnaturalisti ad avanzare l'urgenza di una fondazione, ossia di un radicamento meno effimero dei diritti. I critici tuttavia, anche questa è storia nota, tendono a sottovalutare la complessità dei problemi evocati dalla loro stessa richiesta, problemi essenzialmente riconducibili ai tre seguenti: *come* fondare i diritti, *quali* diritti fondare, e infine *come* introdurre nella storia, ossia nella realtà delle istituzioni politico-giuridiche, i diritti così fondati. E' soprattutto quest'ultimo problema che mi interessa evidenziare ora. I teorici del radicamento oggettivo dei diritti spesso cadono nell'errore di scambiare la realtà giuridico-politica con le teorizzazioni su di essa, nel senso che talora paiono ritenere sufficiente la pura e semplice critica alla teoria (giuspositivista) che riduce il diritto all'*auctoritas* per considerare in tal modo risolto *anche* il problema politico-giuridico dell'autorità storica. Ma, ovviamente, questo è solo un *wishful thinking*; ovviamente non basta negare il principio cardine del giuspositivismo, *auctoritas non veritas facit legem*, per dissolvere l'autorità politica in carne ed ossa, la quale esiste a dispetto di qualunque critica al principio, ed è poi quella che dovrà svolgere, in modi da determinare, il necessario compito di conferire (o riconoscere) i diritti e di provvedere alla loro amministrazione nel mondo reale, non in quello armonioso della teoria⁴.

In realtà, nessuna teoria dei diritti fondamentali può essere (auto)sufficiente, ossia può fare a meno di una teoria dell'autorità⁵: questo è vero in generale, naturalmente, e non solo per il giusnaturalismo. Anzi, sarei tentata di affermare che alla fin dei conti il *vero* problema dei diritti fondamentali è proprio quello, "procedurale", dell'autorità che li amministra; il che è in fondo solo un modo diverso di ripetere il motto di Bobbio (1992, 16, corsivi dell'autore): "il problema di fondo dei diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*". Questo non è, come forse è apparso ai lettori frettolosi o tendenziosi di Bobbio, un modo sbrigativo di liquidare il problema della fondazione; semmai è un modo per accostarlo da un lato che lo renda più agevole da affrontare, e che renda possibili convergenze di medio raggio anche a partire da principi ultimi contrapposti⁶. Per questa ragione, in fondo, impostare la questione dei diritti fondamentali nei termini di un'alternativa tra positivismo giuridico e giusnaturalismo, come ho fatto io stessa poc'anzi per ragioni di semplicità espositiva, ha oggi il sapore un po' stantio di una discussione bloccata: non perché questa contrapposizione non abbia più valore, ma perché porta ad avvicinare il problema dal lato insolubile della fondazione, piuttosto che dal lato più trattabile dell'amministrazione.

Ci si attenderebbe comunque, da un giuspositivista come Ferrajoli, attrezzato per formazione e militanza intellettuale a fare sistematicamente i conti col problema

⁴L'idea di amministrazione dei diritti fondamentali, che adopero in queste pagine, si ispira a Jori (1995).

⁵Si veda Waldron (1993, 19 e 32ss.). Il punto è discusso lucidamente da Hyland (1995, 141ss., spec. 153).

⁶Si potrebbe dire, usando la formula di Sunstein (1995), che solo per questa via è possibile giungere, sui diritti, a *incompletely theorized agreements*, ovviamente irrealizzabili se ci si mantiene sul terreno della fondazione. Osserva Marmor (1997, 15) che da un punto di vista strettamente analitico il concetto di diritto soggettivo è ridondante, poiché rappresenta la tappa intermedia di un lungo ragionamento che porta dai valori ai doveri; per questa ragione il discorso in termini di diritti ci mette in grado di fissare un insieme di conclusioni intermedie condivise, nonostante i considerevoli disaccordi sui fondamenti. A ciò personalmente aggiungerei che spesso la sensazione di avere conseguito un accordo è legata all'indeterminatezza che di solito caratterizza le formulazioni dei diritti fondamentali.

dell'autorità politica, una grande consapevolezza dell'aspetto per così dire "procedurale" del problema dei diritti fondamentali. Invece, le cose non stanno così. Certo, Ferrajoli è acutamente consapevole del ridotto spazio di manovra che la cornice dei suoi stessi principi gli concede. Egli cerca dunque di sottrarre i diritti fondamentali alla tenaglia divisionismo/giuspositivismo, ma lo fa, a mio parere, sottovalutando in modo sorprendente il problema dell'autorità. La strada prescelta paga di conseguenza un pedaggio altissimo: porta infatti al sacrificio della democrazia, intesa come metodo di scelta e decisione politica di individui uguali nella loro autonomia morale, e perciò anche nella capacità di essere titolari di diritti. Porta insomma a recidere il legame tra i diritti e i loro stessi titolari. Porta infine a una (implicita) soluzione del problema dell'autorità in chiave di un attivismo giudiziario potenzialmente senza limiti.

La sottovalutazione del problema formale della gestione dei contenuti sostanziali dei diritti, che caratterizza i teorici dei diritti insaziabili come Ferrajoli, è insomma essa stessa una risposta (occulta) al problema dell'autorità politica, ma una risposta che ripudia il principio dell'amministrazione democratica dei diritti.

2. Prima tappa: la definizione di 'democrazia' e di 'diritto fondamentale'

Punto di partenza della teoria in esame è la distinzione tra la democrazia *formale* e la democrazia *sostanziale*: la prima proiettata sul "chi" e sul "come" decidere, la seconda sul "che cosa" è decidibile o indecidibile. Scrive Ferrajoli (1998a, 7): "i diritti fondamentali formano il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica e perciò di quella che chiamerò la dimensione 'sostanziale' della democrazia, pregiudiziale rispetto alla sua stessa dimensione politica o 'formale', fondata invece sui poteri della maggioranza". E aggiunge (Ferrajoli 1998a, 15, corsivi dell'autore): "di qui la connotazione 'sostanziale' impressa dai diritti fondamentali allo stato di diritto e alla democrazia costituzionale. Sono infatti per l'appunto 'sostanziali' cioè relative non alla 'forma' (al *chi* e al *come*) ma alla 'sostanza' o 'contenuto' (al *che cosa*) delle decisioni (ossia al che cosa non è lecito decidere o non decidere) le norme che ascrivono — al di là e magari contro le contingenti volontà delle maggioranze — i diritti fondamentali".

Non posso ovviamente (e per fortuna non devo) in questa sede affrontare per esteso il problema della definizione del concetto di 'democrazia'. Mi limiterò perciò alle seguenti osservazioni. Tutte le discussioni contemporanee sulla democrazia politica sono costrette a confrontarsi col problema della tensione tra due elementi che coesistono nelle nostre democrazie costituzionali: da un lato la presenza di un nucleo di contenuti "indisponibili", formulato in termini di diritti fondamentali e, dall'altro lato, l'adozione di un metodo decisionale (quanto alle decisioni politiche generali) basato sulla rappresentanza e sul suffragio universale. Ambedue gli elementi convivono *di fatto* in miscele normative e gradi di effettività variabili in tutti gli ordinamenti occidentali contemporanei. Potrebbe allora sembrare plausibile la proposta, di definire tali ordinamenti semplicemente come democrazie, salvo distinguere all'interno della definizione un aspetto formale (metodo decisionale) e uno sostanziale (contenuti delle decisioni).

Naturalmente, in un quadro nominalista e convenzionalista, le definizioni hanno un valore puramente strumentale, ed ogni studioso è libero di adottare le definizioni che

ritenga più opportune allo sviluppo della sua teoria. Si tratterà poi di vagliare la loro fecondità e/o adeguatezza, non certo la corrispondenza ad una presunta natura essenziale dei fenomeni definiti.

Ma delle definizioni si può abusare, e la mia critica è proprio quella di uso abusivo dello strumento definitorio. Cercherò di motivare quest'accusa in due passaggi.

In primo luogo, una definizione di 'democrazia' che incorporasse un riferimento a contenuti (in realtà a un intero catalogo di diritti civili, politici, sociali e di libertà) finirebbe per allontanarsi notevolmente dal significato lessicale dell'espressione 'democrazia', che storicamente ha sempre incorporato un riferimento al "chi" e al "come" decidere, piuttosto che al "che cosa" decidere: insomma, all'idea di *self-government* piuttosto che ai contenuti del *government*⁷. Si potrebbe però osservare che tutte le teorie (moderne) della democrazia, anche quelle più proiettate sull'elemento "procedurale", di solito considerano indispensabile alla democrazia dei moderni il riferimento ad una serie di diritti (voto, associazione, espressione, *habeas corpus*), il cui conferimento (e il cui godimento effettivo, almeno "a grandi linee") sono trattati come condizioni *sine qua non* per qualificare un sistema politico come democratico⁸. L'osservazione è ineccepibile ma, a meglio vedere, fa riferimento a un *altro* genere di contenuti rispetto a quelli di cui qui stiamo discutendo: un conto sono infatti i contenuti, gli ambiti, sui quali la decisione democratica può vertere, un conto sono i presupposti (anch'essi di contenuto) che rendono quel metodo decisionale un metodo, per l'appunto, democratico⁹. Per dirla altrimenti: un conto sono i contenuti del gioco, un conto i presupposti indispensabili affinché il gioco che si vuole giocare sia proprio quello e non un altro. La mia tesi è che, nella definizione, se la si vuole mantenere fedele alla semantica di 'democrazia' (dei moderni), si possono includere i presupposti, ma non si deve includere il contenuto¹⁰.

⁷Per l'abbozzo di una storia dei significati della parola 'democrazia', si vedano (Palmer 1953, 203-26; Calogero-De Mauro-Sasso 1958, 39-66).

⁸Anche le teorie della democrazia considerate procedurali per eccellenza, come quelle di Kelsen, di Dahl e di Bobbio, prevedono sempre un catalogo di questi diritti. Si vedano rispettivamente: Kelsen 1998, Dahl 1979, Dahl 1997, Bobbio (1984).

⁹Nell'equivoco di scambiare i presupposti coi contenuti cadono spesso sia i critici sia gli stessi teorici della democrazia "procedurale". I primi infatti accusano i secondi di proceduralismo "mero", i secondi respingono l'accusa adducendo il rilievo dato ai presupposti di contenuto. Sbagliano gli uni e gli altri in realtà, poiché nessun proceduralismo può veramente essere qualificato come "mero" (ossia neutro moralmente o privo di implicazioni morali); ma non principalmente per via dei presupposti di contenuto, bensì in ragione del valore morale, intrinseco o strumentale, delle procedure democratiche. Sul punto mi sia consentito rinviare al mio Pintore (1999). Per un uso particolarmente spericolato della nozione di 'procedura' con riferimento alla democrazia politica si veda Flores D'Arcais (1999, cap. IV, *passim*).

¹⁰Weale (1999, 171-2), dopo aver elencato una serie di diritti, come la libertà di riunione e di associazione, la libertà di discutere argomenti di pubblico interesse e di criticare il governo in carica, la libertà dagli arresti arbitrari, ecc., afferma: "accanto a questi diritti, tuttavia, ci saranno altresì diritti che, quantunque possano essere in pratica associati alla democrazia, saranno logicamente distinti da qualunque definizione di democrazia possiamo offrire ... Il grado di limitazione all'ambito di azione del potere è logicamente distinto dalla fonte di quel potere, e se c'è una relazione, questa è contingente, empirica, piuttosto che definitoria". Naturalmente anche il catalogo dei diritti oggi considerati indispensabili al metodo decisionale democratico è largamente controverso, come controversi sono i contenuti di tali diritti (ed anche per questa ragione sarebbe raccomandabile una definizione il più possibile "leggera" di 'democrazia'). Ad esempio, si è dubitato che il diritto alla libertà di pensiero, qualora trattato come necessario presupposto del gioco democratico, possa includere anche le manifestazioni del pensiero irrilevanti ai fini della formazione delle opinioni politiche, come quelle artistiche o pornografiche. La

Naturalmente questa autolimitazione definitoria, poiché riguarda una parola così irresistibilmente carica, almeno oggi, di buone promesse, richiede uno sforzo quasi eroico, che non può essere certo preteso dall'uomo della strada. Ma dal filosofo, e specialmente dal filosofo analitico, questo sforzo si può pretendere.

In secondo luogo, ovviamente il filosofo politico non è un compilatore di dizionari, e anzi una delle specifiche utilità del suo lavoro sta proprio nel plasmare e riplasmare i concetti politici per mostrarci meglio i problemi e se del caso mostrarcene le soluzioni. Accanto alle definizioni lessicali esistono le definizioni stipulative, e nulla vieta, anzi tutto raccomanda, che in filosofia politica se ne faccia largo uso. Questa considerazione, tuttavia, non muta il mio giudizio sulla strada definitoria in esame. Definire come "democrazia sostanziale" lo stato di diritto equivale infatti a fornire una soluzione *semantica* a un problema *normativo*¹¹; equivale a risolvere *in limine* e in modo occulto, con un'operazione di polizia linguistica, proprio il problema cruciale della giustificazione filosofica delle democrazie costituzionali: il problema di come conciliare per l'appunto lo stato di diritto (contenuti) con la democrazia (forma), di come comporre in un equilibrio accettabile la tensione tra i diritti fondamentali e il principio dell'autogoverno. Questo è un problema normativo che investe in primo luogo gli stessi stati democratici di diritto oggi esistenti, in cui i conflitti sociali, di valore e fra poteri ruotano essenzialmente proprio intorno a tale nodo. Ed è di conseguenza, in secondo luogo, un problema della filosofia. La filosofia non può, però, limitarsi a registrare le soluzioni più o meno chiare (e comunque eterogenee e contingenti) incorporate negli ordinamenti positivi. Se ciò facesse, compirebbe un errore speculare a quello del giusnaturalista che sovrappone le proprie teorizzazioni alla realtà giuridico-politica: compirebbe l'errore di elevare a soluzione teorica un particolare assetto storico.

Dunque la mia critica non è di pura e semplice infedeltà alla definizione lessicale, ma di inopportunità di una definizione stipulativa che si discosti da una definizione lessicale, e quindi "leggera", di democrazia, e che, discostandosene, assuma come risolto il problema che invece la definizione dovrebbe aiutare ad impostare in modo più netto. Definire lo stato di diritto come democrazia (sostanziale) equivale, insomma, ad imporre un vero e proprio *definitional stop* alla discussione¹².

Va detto infine che dalla definizione dello stato di diritto come democrazia (sostanziale) affiora una visione teorica in fondo irenica delle democrazie costituzionali: una visione in cui due criteri opposti di legittimazione del potere, democrazia e diritti,

discussione su questi temi, originata negli Stati Uniti dal libro di Meiklejohn (1948), si è appuntata in seguito specialmente sulle tesi di Ely (1980). Una buona ricostruzione delle varie teorie costituzionali soggiacenti è in Edelman 1984 e in Craig 1990.

¹¹Sulla distinzione tra problemi semantici e problemi normativi della teoria della democrazia, vedi da ultimo Hyland 1995, 3 e 104.

¹²Sotto un altro profilo, qui non direttamente rilevante, la definizione comporta una decisa sostanzializzazione dello stesso concetto di stato di diritto Raz (1979, 211) in proposito osserva che "se il *rule of law* è il dominio del buon diritto, allora spiegare la sua natura equivale ad avanzare un completa filosofia sociale. Ma se le cose stanno così il termine manca di una funzione utile. Non abbiamo bisogno di essere convertiti al *rule of law* solo per scoprire che credere in esso è credere che il bene debba trionfare. Il *rule of law* è un ideale politico che un sistema giuridico può possedere o meno in maggiore o minor misura. ... è solo una delle virtù alla luce delle quali un sistema giuridico può e deve essere giudicato. Non va confuso con la democrazia, la giustizia, l'eguaglianza (davanti alla legge o altrimenti), i diritti umani di ogni genere o il rispetto per le persone o per la dignità umana".

vengono presentati come invece complementari e armoniosamente integrabili¹³. Il messaggio superficiale che la definizione ci trasmette è che possiamo avere entrambi, senza dover sacrificare l'uno all'altro. Lo svolgimento della premessa definitoria, come dirò più sotto, porta invece a ben altra (inevitabile) conclusione: porta a concludere che il primato dei diritti può e deve giustificare il sacrificio del principio dell'autogoverno. Si badi: una conclusione del genere è in sé del tutto legittima e ben può essere sviluppata e sottoposta a discussione. Ciò che non è legittimo è presentarla come una teoria (e una definizione) della democrazia, visto che in realtà è tutt'altra cosa¹⁴.

Appartiene all'area dei problemi definitori anche un altro passaggio delle tesi di Ferrajoli, la definizione dei diritti fondamentali come norme (tetiche): i diritti fondamentali "si identificano con le medesime norme o regole generali che li attribuiscono" (Ferrajoli 1998a, 12-3)¹⁵. L'idea implicita in questa definizione è che i diritti esistono nel momento stesso, ma solo nel momento, in cui vengono poste le norme che li contemplano.

Questa definizione dei diritti fondamentali come norme è in apparenza del tutto coerente col quadro giuspositivista in cui Ferrajoli si muove. E tuttavia, sospetto che anch'essa nasconda un'operazione ideologica, inconsapevole quanto rischiosa.

L'idea che i diritti siano un prodotto di norme, prima ancora che necessaria al giuspositivismo, è profondamente necessaria, secondo me, al divisionismo etico: equivale infatti a ricondurre i diritti (e in generale i valori) al dominio della scelta umana, a ricordarci che diritti e valori "ci sono" solo se noi li poniamo come tali, e non perché già esistono nelle pieghe della natura o della ragione. Un diritto, o un valore, per il divisionista, ci sono perché qualcuno li ha posti, ossia scelti, come tali e introdotti nel proprio universo etico. Questo atto di posizione esce dalla sfera individuale ed acquista una dimensione intersoggettiva nel momento in cui viene compiuto nelle forme giuridicamente ammesse all'interno di un ordinamento giuridico socialmente esistente. In questo quadro, dunque, la priorità della norma (giuridica) sui diritti è indispensabile a dare consistenza oggettiva, ossia intersoggettiva, agli stessi diritti, e a distinguerli da quelli immaginati a tavolino dal filosofo.

Ma, a meglio vedere, l'operazione teorica compiuta da Ferrajoli con la sua identificazione *tout court* dei diritti fondamentali con le norme, va in una direzione esattamente opposta a quella appena indicata. Identificando i due elementi, la norma e il diritto soggettivo, ci dà infatti l'illusione che l'oggettività della norma si trasferisca, per così dire, automaticamente e interamente, sul diritto. Ci dice che l'esistenza di un diritto è un dato oggettivo tanto quanto l'esistenza di una norma e può essere appurata in termini altrettanto sicuri, poiché norma e diritto coincidono. In fondo, ci suggerisce che la posizione dei diritti, ossia delle norme, sia tutto ciò che è necessario, salvo

¹³Fioravanti (1999, 160), parla di "grande frattura tra democrazia e costituzionalismo".

¹⁴Ricordo che il libro *Principia juris*, di cui i recenti saggi di Ferrajoli rappresentano un'anticipazione (vedi Ferrajoli 1998a, 29, nota 1), reca come sottotitolo *Teoria giuridica della democrazia* (e non, come sarebbe invece legittimo aspettarsi, *Teoria giuridica dello stato di diritto*). Nel suo (Ferrajoli 1989, 906), Ferrajoli aveva con maggiore nettezza affermato l'indipendenza, sul piano logico, dei due modelli di democrazia, formale e sostanziale, aggiungendo che tuttavia, sul piano assiologico, "la democrazia sostanziale incorpora valori più importanti, e comunque pregiudiziali, rispetto a quella formale".

¹⁵La definizione ha altresì la funzione importante di differenziare i diritti fondamentali dai diritti patrimoniali, un problema di cui non mi occupo in questa sede.

naturalmente, una volta che la norma-diritto sia stata posta, l'obbligo del legislatore storico di predisporre tutte le garanzie occorrenti a rendere effettiva la norma e dunque il diritto stesso; solo questo passaggio (assieme a quello dell'originaria posizione) dipenderebbe da concreti atti normativi del legislatore storico, ma sarebbe un passaggio in qualche modo necessitato, esecutivo. In questo quadro, in cui i diritti, essendo norme, "esistono" indubitabilmente e posseggono la stessa identità scolpita delle norme, non rimane che attuarli, o denunciare la loro inattuazione.

Ed invece, a mio parere, è necessario separare la norma che pone da ciò che è posto¹⁶. L'oggettività, nel quadro giuspositivista, delle norme poste (in un ordinamento giuridico socialmente esistente), non comporta una *equivalente* oggettività, ossia determinatezza semiotica e conoscibilità, dei contenuti posti¹⁷. L'identificazione tra diritti e norme porta in realtà ad eludere il problema della complessità, indeterminatezza, equivocità, del contenuto delle stesse norme che pongono i diritti. Si badi, non voglio sostenere che l'esistenza di una norma giuridica non sia condizione necessaria e sufficiente (alla creazione) del diritto che essa pone, e quindi contestare l'assunto giuspositivista di partenza. Voglio sostenere, invece, che il senso in cui un diritto esiste in un ordinamento è ben più problematico del senso in cui una norma esiste in quell'ordinamento, in un ordinamento, s'intende, basato su un elenco tendenzialmente rigido di fonti formali come sono quelli contemporanei occidentali. Né voglio sostenere la vacuità semantica delle proclamazioni normative dei diritti. Da un punto di vista non scettico, anche una norma che proclamasse un diritto impalpabile come quello alla felicità, o al benessere, o alla dignità, sarebbe ben più di un *flatus vocis*, poiché la sua esistenza segnerebbe pur sempre una differenza semiotica sistemica, quantunque molto evanescente, tra quell'ordinamento e un ordinamento che non la comprendesse: il diritto in questione indubbiamente "esisterebbe" in quell'ordinamento. E tuttavia, l'accertamento del contenuto della norma (ossia del diritto) porrebbe problemi epistemologici e semiotici che l'accertamento dell'esistenza della norma stessa non pone, problemi che si rifletterebbero inevitabilmente sui passaggi normativi ulteriori richiesti ai fini della attuazione del diritto in questione. Insomma, i diritti spesso sono proteici se non inafferrabili, mentre le norme (oggi) di solito lo sono molto meno, e l'identificazione degli uni con le altre ci porta a sottovalutare questa differenza, e a sottovalutare di conseguenza la gamma delle scelte politiche possibili all'interno della cornice dei diritti, e compatibili con essa.

L'identificazione tra norme e diritti comporta, in definitiva, una sorta di ontologizzazione dei diritti; porta a imboccare una strada sostanzialista molto simile a quella percorsa dal diritto naturale¹⁸. Non stupisce, allora, che chi segue questa via, pur

¹⁶La distinzione è tracciata, anche se in modo non limpidissimo, dagli stessi teorici delle regole costitutive tetiche: Conte, sia pure nella sua reticenza filosofica, distingue la norma come condizione da ciò di cui essa è condizione; lo stesso fa Carcaterra, nel quadro di un'ontologia più esplicita, in cui gli oggetti creati dalle norme tetiche entrano a far parte di una sorta di popperiano mondo 3.

¹⁷Il punto è toccato da Jori (1999, 28ss.), il quale sembra tuttavia non considerarlo un nodo problematico della teoria di Ferrajoli.

¹⁸Un chiaro esempio di questo trattamento ontologizzante dei diritti è in Dogliani (1996, 272): "o *ci sono* i diritti, e allora *non ci può essere* potere costituente (in quanto i diritti sono già affermati, per cui ci può solo essere un potere che espande, perfeziona, modifica la disciplina dei diritti stessi, o che modifica parti diverse, non inviolabili, della costituzione: dunque potere di revisione); o *c'è* potere costituente, ma allora *non ci sono* più i diritti, dal momento che l'unico contenuto possibile attuale del potere costituente è la negazione dei diritti (in quanto se non li negasse, quale nucleo inviolabile della costituzione, non

muovendo da una direzione opposta a quella del giusnaturalista, finisca, allo stesso modo, per illudersi che la solidità della sostanza ci esima dall'affrontare le questioni di procedura, o spiani la via a una considerazione puramente "esecutiva" di esse.

Ed infatti, come dirò (infra § 4), l'identificazione definitoria tra diritti fondamentali e norme contribuisce a ingenerare l'illusione questi ultimi abbiano carattere, per così dire, autoesecutivo e non necessitino di amministrazione (e dunque di amministrazione democratica).

3. Seconda tappa: la costituzione *sub specie aeternitatis*

A parziale rettifica di quanto affermato sopra (§ 2), va riconosciuto che in realtà Ferrajoli adduce almeno un argomento non definitorio a sostegno della complementarità tra democrazia formale e democrazia sostanziale all'interno del suo modello. L'argomento è che la forma e la sostanza, il principio democratico e i diritti hanno un fondamento giustificativo comune, ossia la costituzione, intesa come contratto sociale.

Scrivono infatti Ferrajoli (1998a, 17): "...le costituzioni non sono altro che contratti sociali in forma scritta e positiva ... L'idea del contratto sociale è una metafora della democrazia: della democrazia politica, dato che allude al consenso dei contraenti e vale quindi a fondare, per la prima volta nella storia, una legittimazione dal basso anziché dall'alto del potere politico; ma anche una metafora della democrazia sostanziale, dato che questo contratto non è un vuoto accordo, ma ha come clausole e insieme come causa e ragione precisamente la tutela dei diritti fondamentali, la cui violazione da parte del sovrano legittima la rottura del patto e l'esercizio del diritto di resistenza"¹⁹.

E' questa, in realtà, la seconda tappa nella via della dissoluzione del principio democratico. Interpretare le costituzioni come contratti sociali comporta infatti, a mio parere, una ulteriore dilatazione del concetto di democrazia, e un suo ulteriore impallidimento, dato che porta ad elidere la distinzione tra il fondamento consensuale e il carattere democratico del potere²⁰. Ma a tale identificazione si deve obiettare che un conto è il principio della sovranità popolare, e un conto è la democrazia come specifica forma politica e specifica fonte di legittimazione del potere. Il fondamento consensuale del potere politico è perfettamente compatibile col carattere non democratico del potere così fondato: dopotutto, Hobbes non è Locke. Il contratto sociale è il patto fondativo dell'ordine sociale, frutto della sovranità popolare esercitata una volta per tutte in un momento ipotetico della storia. La costituzione (dei moderni) è invece il frutto della sovranità popolare che si esercita tramite *self-government* ininterrottamente nella storia. Identificare le costituzioni col contratto sociale equivale a relegare in un angolo remoto della storia il principio dell'autogoverno, e a considerarlo irreversibilmente segnato dall'atto stesso della sua unica occasione di esercizio.

sarebbe potere costituente ma potere di revisione)" (corsivi miei). Naturalmente il ragionamento appare stringente solo a patto di attribuire a questo "ci sono" un'oggettività che sfortunatamente i diritti fondamentali, per quanto posti, raramente posseggono.

¹⁹Il passo aveva già attirato l'attenzione di Vitale (1998, 48) le cui osservazioni condivido del tutto.

²⁰Da ultimo tale distinzione è tracciata in modo impeccabile da Waldron 1998, 27ss.

A Rawls è stato più volte a ragione rimproverato di aver predeterminato interamente, nella sua metafora del contratto sociale, la posizione originaria, le caratteristiche della società ispirata alla *justice as fairness*. Eppure Rawls si preoccupa almeno di articolare in una serie di tappe successive il processo di dissoluzione del velo d'ignoranza che copre i contraenti nella posizione originaria, attribuendo a costoro il compito di determinare progressivamente e sempre più in dettaglio i vari aspetti e livelli del disegno costituzionale. Ferrajoli esige invece che il contratto costituzionale sia stipulato una volta per tutte. Egli così appiattisce il momento fondativo di un concreto e contingente assetto politico sul momento da cui ha principio l'ordine sociale, che il contrattualismo moderno ci impone di ricercare *a parte populi*, col risultato di dislocare sul primo tre caratteristiche che invece appartengono esclusivamente al secondo, ossia l'*inevitabilità*, l'*unanimità* e l'*irreversibilità*. Ma in tal modo in realtà tratta come inevitabile, unanime e irreversibile solo un prodotto contingente, una tra le possibili declinazioni del contratto, di solito frutto di un compromesso più o meno stabile o fragile, e comunque legato a una storia particolare (anche se si tratta di una storia che ha la pretesa di imporre universalmente la propria razionale superiorità).

Interpretare le costituzioni come contratti sociali ha perciò quest'altra implicazione, parimenti inquietante per chi abbia a cuore il principio democratico: equivale a rendere le costituzioni *eterne*. Gli individui avrebbero una volta nella storia sottoscritto un patto dotato di termini condizioni e contenuti, e questo è tutto e per sempre. Non potranno mai cambiarlo, perché la volontà di tutti può essere annullata solo dalla volontà di tutti²¹. Ai titolari dei diritti in tal modo viene, paradossalmente, sottratta definitivamente la disponibilità dei *propri* diritti, sotto forma di riscrittura di un accordo tutto sommato storico e contingente, quantunque ampio e solenne, circa il modi *legittimi* in cui il consenso dal basso potrà manifestarsi, e i contenuti su cui esso potrà cadere. La costituzione concepita in questo modo diventa insaziabile, perché finisce per divorare la sua stessa fonte e fondamento; ma come dirò (§ 4) l'esito di questa operazione rischia di essere l'opposto di quello auspicato, ossia non il dominio dei contenuti universali, ma di una particolare, contingente e pericolosamente arbitraria loro sistemazione e amministrazione occulta, le cui fattezze dipenderanno da contingenti rapporti di forza, non da un disegno visibile, pubblicamente giustificato, e sperabilmente oculato e lungimirante.

Coerentemente con le sue premesse, Ferrajoli aderisce alle tesi dei costituzionalisti italiani che ripudiano l'idea di un potere *giuridico* costituente che non sia riducibile al potere di revisione costituzionale, ed ammette che quest'ultimo si possa esercitare solo entro limiti rigorosamente circoscritti, come pura estensione dei contenuti dei diritti già

²¹Graham (1986, 84) ricorda che il consenso anche unanime ha poco a che fare con la democrazia. Varrebbe la pena di riflettere più a fondo sulla qualificazione corrente della democrazia come metodo consensuale e sulla diffusa attitudine a santificare il principio di unanimità. Ad esempio, Gauthier (1993, 329), proprio con riferimento agli emendamenti costituzionali, osserva che una procedura unanime è sconsigliabile perché sollecita ad abbandonare la prospettiva *deliberative* per accedere a una prospettiva puramente strategica. Il punto è sviluppato con la consueta acutezza da Elster (1997, 16ss.), il quale osserva che il metodo dell'unanimità, per quanto paradossale possa sembrare, sul piano psicologico riduce anziché ampliare la libertà di scelta, dato che innesca meccanismi adattativi del tipo "uva acerba" ("solo pochi la pensano come me; dunque è meglio che mi adegui all'orizzonte di possibilità dato"), e conclude ritenendo più affidabile l'esito di una decisione democratica che abbia ricevuto il voto contrario di una minoranza. Sotto un altro profilo, Fishkin (1979, 68ss., spec. 71), contesta che l'unanimità possa immunizzare dal rischio di un regime tirannico.

presenti nella carta costituzionale²². Accantonando in questa sede le discussioni giuridico-politiche in argomento, osservo che la tesi rappresenta una ulteriore conferma della mia interpretazione di questa teoria dei diritti come sostanzialista e irenica. L'idea della pura e semplice *estensione* di un diritto può acquistare un senso non problematico, infatti, solo nel quadro di alcune assunzioni molto impegnative. Essa deve presupporre che lo spazio morale dei diritti sia illimitato, dunque indefinitamente espandibile; deve presupporre inoltre che la "superficie" occupata da ciascun diritto, all'interno dello spazio morale, sia pensata come sempre precisamente delimitata; deve presupporre infine l'idea che nessuna delle superfici-diritti abbia mai punti di intersezione con le altre, talché l'ampliamento dell'una possa avvenire senza detrimento per le altre. Oltre che da Ferrajoli, una teoria dei diritti dotata di questi caratteri è stata sviluppata con radicalità, in tempi recenti, da Robert Nozick²³. Il più grave limite di una concezione del genere è che essa, quantunque attraente nella sua semplicità assertiva dei diritti, collide con l'intuizione comune, che i diritti confliggano²⁴. I diritti possono in realtà confliggere tra loro e spesso entrano in un gioco di rapporti reciproci a somma zero; questo ci costringe ad ammettere che lo spazio morale da essi occupato non è illimitato (per ragioni normative e non solo fattuali²⁵). Nel quadro di queste meno attraenti ma più realistiche considerazioni, l'idea di *estensione* del contenuto dei diritti finisce per perdere tutta la sua intuitiva autoevidenza e semplicità, così come finisce per perdere di autoevidenza l'idea che la loro attuazione possa consistere in operazioni puramente "esecutive"²⁶.

4. Terza tappa: il carattere autoesecutivo dei diritti

L'identificazione dei diritti con le norme, come accennavo sopra (§ 2), concorre ad attribuire ai questi ultimi il carattere di sostanze, e a trattarli in modo che chiamerei *autoesecutivo*: come un apriori giuridico che richiede di essere eseguito, non amministrato. E' questo un risultato a cui altri teorici del diritto sono giunti per via

²²Si veda Dogliani (1996), che rappresenta un compendio di queste posizioni. Una discussione sulla giuridicità del potere costituente è in Palombella (1997, cap. 2).

²³Marmor (1997, 7ss) chiama *newtoniane* questo genere di concezioni. Vedi Nozick (1974). Dubito che Ferrajoli possa gradire questo accostamento a Nozick.

²⁴Waldron (1989, 507ss.), osserva acutamente che l'argomento del conflitto fra diritti è trattato con riluttanza dai teorici dei diritti perché sembra evocare lo spettro del *trade-off* e dell'utilitarismo.

²⁵Sul costo economico dei diritti si veda Holmes-Sunstein 1999.

²⁶Non voglio dunque sostenere che non abbia *mai* affatto senso parlare di estensione di un diritto (in quanto distinta da una sua restrizione). Al contrario è possibile parlarne in molti casi con una buona dose di certezza, ma a patto di considerare ciascun diritto in isolamento e di metterlo in rapporto con lo spazio normativo che un ordinamento giuridico assegna ad esso. Ad esempio, una legge (incostituzionale) che oggi vietasse, poniamo, le riunioni in luogo pubblico, senza dubbio restringerebbe l'area del diritto di riunione quale delineato dalla costituzione italiana e dalla normativa secondaria rilevante. Ma in una considerazione sistemica dei diritti, poiché questi spesso confliggono, ed hanno inoltre come necessario *reverse* obblighi altrui, la questione diventa spesso altamente problematica. Ad esempio, proviamo a domandarci se la libertà personale sarebbe estesa in caso di estensione della privacy individuale. Dal canto mio, non saprei rispondere alla domanda con un semplice "sì" o "no", poiché da un lato un'estensione della privacy potrebbe avvenire solo attraverso l'introduzione di nuovi obblighi, dall'altro lato avrebbe l'effetto di incidere negativamente sullo spazio di altri diritti (come la libertà d'espressione).

interpretativa, giocando sulla distinzione tra concetti e concezioni dei diritti²⁷. Ferrajoli (1999b, 920ss.) vi giunge per via assiomatica.

Il ragionamento muove dalla definizione dei diritti come *aspettative* positive e negative di prestazioni o di non lesioni, ossia di modalità imperative (obblighi e divieti: *garanzie primarie* dei diritti), e si sviluppa con la tesi che le une (aspettative) e le altre (modalità imperative), *sul piano teorico*, si implicano a vicenda, sono due facce della stessa medaglia, ossia che i divieti e gli obblighi corrispondenti ai diritti sono *deducibili* dall'enunciazione di questi ultimi (Ferrajoli 1999b, 921, 924).

Questo, sul piano teorico. Ma nella dinamica concreta degli ordinamenti giuridici storici è ben possibile che una norma conferisca un diritto senza indicare i soggetti dell'obbligo corrispondente. Avremo in questo caso, ci dice Ferrajoli (1999b, 921), una *lacuna deontica* "che sul piano teorico sembrerebbe non consentire, fino a che non venga riempita, di parlare di aspettativa, né quindi di 'diritto soggettivo'. Ma ove sia previsto da una norma giuridica positiva..., un diritto soggettivo, e quindi un'aspettativa, giuridicamente esiste, e non può certo, dalla teoria, essere ignorato. Ne consegue che la lacuna *deve essere* da qualcuno –interprete o legislatore- risolta. Ed è proprio in questo dover essere della sua soluzione che risiede comunque l'obbligo implicato dal diritto proclamato: che è un obbligo per così dire di secondo grado, dato che grava sull'interprete e/o sul legislatore quale 'obbligo di obbligare', ossia di introdurre la modalità imperativa che forma la garanzia mancante".

Queste lacune deontiche hanno carattere *logico*, e vanno distinte dalle lacune *giuridiche*, che consistono nella mancanza dei presupposti organizzativi o normativi necessari a rendere giustiziabili le violazioni giuridiche delle aspettative; le prime sono «più radicali, e perciò più intollerabili» delle seconde, perché la mancanza degli imperativi corrispondenti rende "inconsistenti" le aspettative: ne segue che la lacuna "va per quanto possibile riconosciuta ed integrata anche per via d'interpretazione" (Ferrajoli 1999b, 925).

La chiave di questo ragionamento sta nel rapporto che esso instaura tra le aspettative/diritti e le garanzie primarie²⁸. Che genere di rapporto è mai questo? Ferrajoli tratta ambigualmente il punto perché da un lato ci dice che diritti e garanzie sono due lati della stessa medaglia, dall'altro lato ci dice che i diritti *implicano logicamente* le loro garanzie. Le due ricostruzioni, però, sono diverse, perché nel primo caso avremmo a che fare con un rapporto di identità (le garanzie sarebbero gli stessi diritti visti dal lato dei soggetti passivi) mentre nel secondo caso avremmo a che fare con un rapporto di derivazione logica (in un ragionamento in cui i diritti sarebbero le premesse e le garanzie le conclusioni). Le due costruzioni segnano una importante differenza anche nella dinamica degli ordinamenti giuridici storici perché, nel primo caso, le garanzie

²⁷Alludo naturalmente a Ronald Dworkin. Di questo autore si possono leggere, in tema di rapporti tra democrazia e costituzionalismo (Dworkin 1990, 1995).

²⁸Ho già avuto occasione di soffermarmi su questo aspetto delle idee di Ferrajoli sui diritti fondamentali nel mio Pintore (1999, 30ss.). In Ferrajoli (1999b) la terminologia dell'autore è in parte mutata (non si parla più di lacune *tecniche*, come in Ferrajoli (1998a), ma di lacune *deontiche*), senza che ciò produca differenze di sostanza nel ragionamento; la vera novità sta nel fatto che per la prima volta viene individuato nell'interprete il soggetto su cui (accanto al legislatore) grava l'obbligo (giuridico) di colmare le lacune deontiche. Ferrajoli aveva in precedenza (Ferrajoli 1989, 920-1) sostenuto una tesi alquanto diversa: ossia che l'impegno critico della giurisprudenza dottrinale e giudiziaria si deve esplicare non tramite l'armonizzazione del sistema, bensì attraverso la denuncia delle sue lacune e antinomie.

esisterebbero già, in quanto sarebbero poste con lo stesso atto di posizione del diritto (o meglio della norma che lo proclama), mentre nel secondo caso dovremmo giungere a una conclusione diversa: poiché non necessariamente il legislatore segue la logica, potrebbero esistere giuridicamente le premesse, ma non le conclusioni, i diritti ma non le garanzie.

E' mia opinione che si debbano veder le cose nel primo modo: un diritto soggettivo è sempre una pretesa all'altrui condotta, e scinderlo dall'obbligo di condotta altrui sembra un non senso concettuale prima ancora che giuridico²⁹. Dire che diritti e obblighi sono due facce della stessa medaglia è un altro modo per dire che nei diritti c'è quel che c'è: né più, né meno, ci piaccia o no. Che gli obblighi che specificheranno il contenuto dell'obbligo generale (posto con la creazione del diritto) di rispettare quel diritto non possono essere frutto di *deduzione* ma di *decisione*: non però nel senso che dei contenuti già dati dalla logica dovranno essere posti per diventare giuridici (ossia che la validità logica deve attendere un atto empirico per tradursi in validità giuridica), bensì nel senso che non sono contenuti affatto già dati dalla logica o dalla teoria.

Ferrajoli trascura infatti che la garanzia primaria del diritto è dotata dello stesso genere di esistenza e consistenza di cui è dotato il diritto (nella situazione di cui ora stiamo discutendo: in cui esista solo la norma che proclama quel diritto); questa garanzia "ci sarà" se una norma l'ha posta ponendo il diritto, ma questo "esserci" potrà avere uno statuto semiotico molto incerto. Dal punto di vista semiotico potrebbe essere largamente indeterminata la gamma delle condotte che contano come adempimento dell'obbligo in questione, e di solito è proprio questo che succede nel caso delle proclamazioni costituzionali dei diritti. Ciò accade non per caso o per incuria semantica, ma perché nelle costituzioni siamo di solito costretti ad inserire solo ciò su cui "abbiamo convenuto di dissentire", e non possiamo fare altrimenti se le intendiamo come prodotti di *self-government*, e dunque punto di convergenza di valori plurali³⁰.

Dal punto di vista etico-politico l'indeterminatezza del contenuto degli obblighi posti a garanzia dei diritti potrebbe essere giudicata insoddisfacente e addirittura "intollerabile", come a ragione la qualifica Ferrajoli: i diritti della nostra etica individuale di filosofi hanno di solito contorni ben più precisi di quelli proclamati nelle carte dei diritti, e contorni generati da una "cascata" di obblighi che vanno a precisare il generico obbligo di rispettare l'aspettativa-diritto³¹. E tuttavia, non ci è lecito qualificare

²⁹Naturalmente questo vale per l'appunto per quei diritti che sono qualificati da Hohfeld (1969, 17) come "diritti nel senso più rigoroso" e correlati a doveri. In realtà quelli che di solito chiamiamo diritti e diritti fondamentali sono per lo più "grappoli" di modalità hohfeldiane (*cluster-rights*: così li chiama Thomson 1990, 55ss.). Ovviamente Ferrajoli ha ben presente che i diritti fondamentali sono spesso anche immunità, correlate a incapacità.

³⁰Si veda Reiman (1988, 142): "I nostri dissensi sulla costituzione sono plasmati e inclusi nel lessico morale della costituzione, e dunque sono dissensi riguardo a cose sulle quali abbiamo convenuto di dissentire".

³¹Nelle nostre teorie normative dei diritti raramente riteniamo che l'interesse o il bene che il diritto mira a proteggere possano essere soddisfatti dall'unico obbligo di rispettare quel bene o interesse. Ad esempio, riteniamo che alla tutela dell'interesse a non esser torturati non basti la pura e semplice statuizione di un divieto di tortura, ma che occorra altresì prevedere l'obbligo degli organi pubblici di accertare le violazioni, di perseguire i loro autori, di istruire processi a loro carico, di eseguire le eventuali condanne, di apprestare mezzi per prevenire pratiche siffatte, come campagne d'opinione o commissioni d'inchiesta parlamentari, e quant'altro. Il che, incidentalmente, finisce per mettere in crisi la stessa distinzione tra diritti positivi e negativi. Si veda Waldron (1989, 510). Tutti questi vari obblighi non

l'omessa indicazione di questi obblighi-precisanti come una lacuna, e addirittura come lacuna *logica*, che farebbe sorgere in capo al legislatore o all'interprete l'obbligo di colmarla, se con ciò si vuol dire che *l'intera* collezione degli obblighi *necessari* alla tutela del diritto è già inclusa nella norma che proclama il diritto e attende solo di essere travasata in norme positive che la esplicitino³². Non è lecito, a mio parere, parlare di lacuna, innanzi tutto per ragioni logico-concettuali, perché gli obblighi-precisanti non sono affatto impliciti nei diritti, né da essi ricavabili *more geometrico*³³. Non ci è lecito, in secondo luogo, per ragioni filosofico-giuridiche, se colleghiamo giuspositivisticamente la giuridicità dei contenuti del diritto ad atti di posizione di norme. Non ci è lecito, infine, per ragioni etico-politiche, se crediamo che l'amministrazione di quegli oggetti su cui abbiamo convenuto di dissentire debba avvenire in modo pubblico, giustificato, controllabile, da parte di soggetti politicamente responsabili: dunque da parte del legislatore democratico, non da parte del filosofo, né da parte dell'interprete³⁴.

La logica, o meglio la teoria, non può e non deve produrre i contenuti dei diritti, ossia riempire la cornice normativa delle nostre costituzioni. Questi contenuti, se non ci sono già, possono essere solo frutto di decisione e scelta, dunque appartengono interamente alla sfera della politica e del decidibile, non alla sfera del giuridicamente pre-dato e dell'indecidibile. L'indecidibile di cui parla Ferrajoli viene in realtà sempre deciso (e non può essere altrimenti), e manifesterebbe una smisurata ingenuità filosofica chi pensasse che fosse sufficiente qualificare un ambito normativo come tale per sottrarlo alla decisione; solo un despota illuminato, in realtà, riuscirebbe ad ottenere tale risultato: con un atto di decisione, tuttavia. Si tratta dunque di stabilire a chi questo potere di amministrazione dei diritti, nella cornice costituzionale, debba essere affidato, ed in quali forme: se al legislatore democratico, oppure all'interprete, se alla maggioranza politica, certo "solo" maggioranza, probabilmente inetta e forse arrogante ma almeno elettiva e politicamente responsabile, o invece a una minoranza, sia pure filosoficamente illuminata, ma non elettiva né politicamente responsabile.

rampollano direttamente dal diritto fondamentale, bensì derivano dal valore al cui soddisfacimento il diritto è preordinato. Per determinarli, dobbiamo percorrere a ritroso quel ragionamento che porta dai valori ai diritti, di cui parla Marmor (1997) e specificare la nostra *concezione* di quel valore (nell'esempio della tortura, del valore dell'integrità personale). Per Dworkin questa operazione è in qualche modo misteriosamente preordinata dal *concetto* del valore in questione. Chi, come me, non crede in tale preordinazione, non riesce a vedere quali solidi argomenti si possano addurre per sottrarre la specificazione dei valori, e quindi degli obblighi, nella sfera pubblica, al dibattito politico e al voto.

³²Le parole in corsivo nel testo segnalano i punti critici della teoria: quale mai sarebbe questa *intera* collezione di obblighi? Quando un obbligo sarebbe *necessario* e quando no? *Quanti* obblighi sarebbero necessari? Il punto non è che non si possano trovare risposte plausibili a queste domande, ma che tali risposte si possono trovare solo in una teoria filosofica dei diritti e non nel diritto positivo, se in esso non ci sono già.

³³Almeno nel quadro di una concezione analitica dei concetti e delle definizioni.

³⁴Ferrajoli va tanto in là nella direzione dell'attivismo giudiziario da prospettare come (forse) necessitata dalla sua teoria, la costituzionalizzazione di quote del bilancio statale da destinare all'implementazione dei diritti sociali, con conseguente assoggettabilità della legge di bilancio al controllo del giudice delle leggi. Vedi Ferrajoli (1998a, 26). Si assegnerebbe in tal modo alla Corte costituzionale il compito di decidere la politica economica del paese, sottraendo anche questa al potere di governo. C'è solo da sperare che questo suggerimento non esca dalla cerchia dei filosofi politici, che sono fortunatamente (almeno per ora) sprovvisti di poteri decisionali.

L'alternativa non è dunque tra un potere di decisione e un'autoesecuzione, ma tra un metodo di amministrazione democratico, ed uno non democratico.

5. Il rischio della democrazia

La teoria dei diritti fondamentali di Ferrajoli non riesce in realtà a sfuggire all'azione a tenaglia del divisionismo e del giuspositivismo. L'assenza di una fondazione morale oggettiva dei diritti porta infatti a ricercarne il fondamento nel fatto stesso dell'esistenza delle costituzioni, sia pure eternizzate come contratti sociali. L'operazione è ambigua, poiché comporta la trasfigurazione di un fatto storico e contingente; ma, in definitiva, in essa sembra avere la meglio il lato del giuspositivismo: i diritti che abbiamo, dopotutto li abbiamo perché sono stati posti. Tuttavia, il giuspositivismo finisce per autodistruggersi proprio nel momento in cui viene affermato come fondante poiché, all'atto stesso in cui i diritti sono introdotti nella storia istituzionale di un ordinamento, i loro contenuti, che "valgono" solo in virtù della forma che li ha posti, diventano insaziabili, schiacciano la forma e assumono il dominio su di essa, fino al punto da rendere superflue, almeno in apparenza, le tecniche specifiche del diritto moderno, ossia la procedura e l'autorità.

Dopotutto, nella teoria di Ferrajoli i diritti sono davvero appesi a se stessi, sono il frutto di una sorta di *reductio ad Constitutionem*, che certo nulla ha a che spartire con le terribili *reductiones* addebitate al giuspositivismo, ed anzi ne rappresenta l'esatto opposto, ma che non per questo sembra meno preoccupante.

Dal punto di vista psicologico, vale la pena di notare il tasso di sfiducia che questa teoria implica nei confronti di quegli stessi movimenti sociali, razziali e d'opinione a cui pure si accredita il merito di aver determinato il riconoscimento giuridico dei diritti fondamentali, favorendo l'imporsi di un'*opinio* comune, che i nostri ordinamenti sono stati costretti presto o tardi a recepire.

C'è una certa dissonanza psicologica tra la simpatia morale per le lotte "dal basso" che hanno prodotto i diritti, e l'atteggiamento in fondo aristocratico e paternalista, quantunque illuminato, di chi vuole oggi sottrarli alle scelte di coloro che li hanno scelti, e affidarli interamente alla oculata amministrazione del filosofo o, il che è la stessa cosa, alla occulta amministrazione dell'interprete. C'è una certa dissonanza pragmatica tra questa esaltazione ultimativa dei diritti e la loro estromissione dalla sfera della autonomia morale, e dunque politica, dei loro titolari. Dopotutto, crediamo nei diritti perché crediamo nell'autonomia degli individui, e non viceversa (si veda Waldron 1993, 27ss.). E, come ci ricorda Walzer (1981, 393), i diritti slegati dall'autonomia rischiano di trasformarsi in doni insidiosi, divoratori dello stesso valore da cui traggono vita.

Assumere come fondante il valore etico politico dell'autonomia, comporta la dolorosa necessità di accettarne il principale corollario, ossia il rischio che essa venga esercitata in maniera inetta, malvagia o autodistruttiva: perciò, come è stato detto, la democrazia è il regime del rischio, ed è un regime tragico³⁵. Ma è illusorio sperare di

³⁵Si veda Castoriadis (1998, 215): "in una democrazia, il popolo *può* fare qualsiasi cosa, ed è tenuto a sapere che non *deve* fare qualsiasi cosa. La democrazia è il regime dell'autolimitazione; e dunque anche il regime del rischio storico, il che equivale a dire che è il regime della libertà nonché un regime tragico".

poter bandire tale rischio (mai eliminabile del tutto se non con mezzi dispotici) arroccandosi nella difesa esclusiva della ragione che è già *nel* diritto, o che il filosofo vi vede presente, e ignorando aristocraticamente la ragione che può operare *per* il diritto. E' vero invece che "ogni teorico dei diritti davvero ottimista riguardo alla possibilità di proteggere i diritti in un sistema democratico deve affidare le sue speranze in ultima analisi alla propria capacità di convincere un numero sufficiente di suoi concittadini... che il rispetto dei diritti è importante" (Waldron 1990, 58).

Riferimenti bibliografici

- Bobbio, N. 1984. *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*. Torino: Einaudi.
- Bobbio, N. 1992. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Calogero, G., T. De Mauro, G. Sasso. 1958. Intorno alla storia del significato di "democrazia" in Italia. *Il Ponte*: 39-66.
- Castoriadis, C. 1998. La polis greca e la creazione della democrazia (1982). In *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*. Bari: Dedalo.
- Craig, P.P. 1990. *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Oxford: Clarendon.
- Dahl, R. 1979. Procedural Democracy. In *Philosophy, Politics and Society* (fifth series). Eds. P. Laslett e J. Fishkin. Oxford: Blackwell.
- Dahl, R. 1997. *La democrazia e i suoi critici*. Roma: Editori Riuniti.
- Dogliani, M. 1996. Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione. In *Il futuro della costituzione*. Eds. G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther. Torino: Einaudi.
- Dworkin, R. 1990. Equality, Democracy, and Constitution: We The People in Court. *Alberta Law Review*.
- Dworkin, R. 1995. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*.
- Edelman, M. 1984. *Democratic Theories and the Constitution*. Albany: State University of New York Press.
- Elster, J. 1997. The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. In *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Eds. J. Bohman e W. Rehg. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Ely, J.H. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. 1989. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. 1994. Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. In *La cittadinanza. Appartenenza, Identità, diritti*. Ed. D. Zolo. Roma: Laterza.
- Ferrajoli, L. 1998a. Diritti fondamentali. *Teoria Politica* 14.
- Ferrajoli, L. 1998b. Garantismo e poteri selvaggi. *Teoria Politica* 14.
- Ferrajoli, L. 1999a. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. *Teoria politica* 15.
- Ferrajoli, L. 1999b. Aspettative e garanzie. In *Logos dell'essere, logos della norma*. Ed. L. Lombardi Vallauri. Bari: Adriatica.
- Fioravanti, M. 1999. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino.
- Fishkin, J. S. 1979. *Tyranny and Legitimacy. A Critique of Political Theories*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

- Flores D'Arcais, P. 1999. *L'individuo libertario. Percorsi di filosofia morale e politica nell'orizzonte del finito*. Torino: Einaudi.
- Gauthier, D. 1993. Constituting Democracy. In *The Idea of Democracy*. Eds. D. Copp, J. Hampton, J.E. Roemer, 315-34. Cambridge: Cambridge U.P.
- Graham, K. 1986. *The Battle of Democracy. Conflict, Consensus and the Individual*. Totowa: Barnes & Nobles Books.
- Hohfeld, W.N. 1969. *Concetti giuridici fondamentali*. Torino: Einaudi.
- Holmes, S., C. Sunstein. 1999. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Co.
- Hyland, J.L. 1995. *Democratic Theory. The Philosophical Foundations*. Manchester: Manchester University Press.
- Jori, M. 1995. Definizioni giuridiche e pragmatica. *Analisi e Diritto*.
- Jori, M. 1999. Ferrajoli sui diritti. *Teoria Politica* 15.
- Kelsen, H. 1998. *La democrazia*. Bologna: Il Mulino.
- Marmor, A. 1997. On the Limits of Rights. *Law & Philosophy*.
- Meiklejohn, A. 1948. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York. Harper & Brothers.
- Nozick, R. 1974. *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell.
- Palmer, R.R. 1953. Notes on the Use of the Word "Democracy". 1789-1799. *Political Science Quarterly*: 203-26.
- Palombella, G. 1997. *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*. Bari: Dedalo.
- Pintore, A. 1999. Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico. *Sociologia del diritto*.
- Raz, J. 1979. The Rule of Law and its Virtue. In *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon.
- Reiman, J. 1988. The Constitution, Rights, and the Conditions of Legitimacy. In *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*. Ed. A. S. Rosenbaum. New York: Greenwood.
- Sebok, A.J. 1997. The Insatiable Constitution. *Southern California Law Review*.
- Sunstein, C. 1995. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*.
- Thomson, J.J. 1990. *The Realm of Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Vitale, E. 1998. Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli. *Teoria politica* 14.
- Waldron, J. 1989. Rights in Conflict. *Ethics*.
- Waldron, J. 1990. Rights and Majorities: Rousseau Revisited. In *Majorities and Minorities Nomos XXXII*. Eds. J.W.Chapman e A.Wertheimer. New York: New York U.P.
- Waldron, J. 1993. A Right-based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*.
- Waldron, J. 1998. Precommitment and Disagreement. In *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Ed. L. Alexander. Cambridge: Cambridge University Press.
- Walzer, M. 1981. Philosophy and Democracy. *Political Theory*.
- Weale, A. 1999. *Democracy*. London: MacMillan.