

21 novembre 2008

## Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia.

di Luigi Ferrajoli

Ringrazio Giuseppe Ugo Rescigno per il suo intervento critico sui miei *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari 2007. Lo ringrazio per molte delle sue giuste osservazioni, che condivido. Ma lo ringrazio, soprattutto, per le sue domande e le sue osservazioni critiche, che mi consentono di dissipare taluni equivoci di fondo. Sono cinque, mi pare, le questioni più rilevanti da lui sollevate.

1. La prima questione riguarda la democrazia politica, cioè quell'elemento essenziale della democrazia che consiste nella partecipazione diretta o indiretta dei governati all'azione di governo, assicurata dal suffragio universale. Sotto questo aspetto, osserva giustamente Rescigno, il vecchio Stato liberale, nel quale il suffragio era limitato a una parte ristretta della popolazione, non era, per definizione, "democratico". Rescigno aggiunge che un segno di maschilismo espresso dal nostro lessico giuridico è dato dal fatto che si parla spesso di "suffragio universale" anche con riferimento a quegli ordinamenti nei quali il suffragio era solo maschile e non anche femminile. Sono d'accordo: il suffragio "universale", e quindi il principale connotato della democrazia politica, ricorre solo allorché il diritto di voto è attribuito a tutte le donne e a tutti gli uomini in condizioni di parità. Ma io penso che vada aggiunto un ulteriore requisito: se è vero che la democrazia rappresentativa fonda la propria legittimazione sulla rappresentanza dei governati da parte dei governanti, cioè sull'autogoverno sia pure indiretto, il suffragio, per essere "universale", deve essere esteso a tutti i governati, e quindi non solo ai cittadini ma anche ai residenti benché privi della cittadinanza: a tutti, insomma, non già in quanto cittadini ma in quanto residenti e perciò governati, inclusi quindi gli stranieri stabilmente immigrati che oggi vivono nei nostri paesi in quantità crescenti e in condizioni di inferiorità giuridica.

2. La seconda questione sollevata da Rescigno riguarda il "grado" di democrazia. In relazione non solo all'estensione del suffragio, ma anche agli altri requisiti della democrazia politica – la segretezza del voto, la pluralità dei partiti, la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero e delle altre libertà politiche – la democrazia, domanda Rescigno, "è misurabile"? Certamente sì. Ho parlato più volte, in *Principia iuris*, di "grado di democraticità" degli ordinamenti rispetto al modello tracciato dalla teoria e oggi in larga parte ancorato, giuridicamente, a norme e a principi stabiliti in quasi tutte le costituzioni. E' un grado che varia sia sul piano delle norme che su quello dell'effettività.

Varia in primo luogo sul piano normativo, dipendendo dalla quantità dei diritti fondamentali e, soprattutto, dalla qualità delle garanzie introdotte a loro sostegno dal diritto positivo di ciascun ordinamento: cioè dalla previsione non solo di uguali diritti politici, ma anche di adeguate leggi elettorali di attuazione; e non solo da norme idonee a garantire tutte le libertà fondamentali, ma anche dalla costruzione di un sistema adeguato di garanzie dei diritti sociali – all’istruzione, alla salute, alla sussistenza – la cui soddisfazione forma un presupposto essenziale dell’esercizio, con cognizione di causa, delle libertà fondamentali e dei diritti politici.

Ma varia, in secondo luogo e soprattutto, sul piano fattuale. Il grado di democraticità di un ordinamento dipende anche, infatti, dall’effettività dei diritti e delle garanzie da esso normativamente contemplate: dall’effettivo pluralismo dell’informazione, dal grado di indipendenza dei media, dal lealismo dei pubblici poteri, dall’assenza di conflitti di interessi, dallo sviluppo di un’opinione pubblica intorno agli affari pubblici e agli interessi generali, dalla maturazione, infine, del senso civico e delle virtù politiche e perciò dal grado di effettiva partecipazione dei cittadini alla vita pubblica.

In Italia per esempio, pur essendoci ancora una Costituzione assai avanzata, l’attuale legge sulle elezioni politiche - che di fatto si risolve nella nomina dei parlamentari da parte dei vertici dei principali schieramenti che si candidano alle elezioni, nella previsione di alti sbarramenti per i partiti di minoranza e nel conferimento di un consistente premio di maggioranza al partito più votato senza che sia fissata nessuna soglia minima di voti - consente di parlare di un grado assai basso di democraticità sul piano normativo. Ma ancor più basso è il grado di democraticità del nostro sistema politico sul piano fattuale, a causa dei conflitti di interesse che in violazione delle norme sulle incompatibilità, pur presenti nel nostro ordinamento, gravano sulla rappresentanza e inquinano l’azione legislativa e di governo; del monopolio dell’informazione, pur censurato più volte dalla Corte costituzionale, in capo oltre tutto al presidente del Consiglio; dell’illegalismo diffuso dei pubblici poteri; del qualunquismo politico e della pesante regressione, infine, dello spirito pubblico in una parte crescente della popolazione.

3. Di qui la terza questione. Se la democrazia è una questione di grado, “è pensabile e costruibile”, si chiede Rescigno, “una democrazia ideale? cioè il massimo possibile di democrazia?”. E aggiunge: “Questo massimo possibile è la teoria normativa (normativa lo dice Ferrajoli) costruita da Ferrajoli?” Ovviamente, lo dice lo stesso Rescigno, non ho questa pretesa. La mia teoria, come tutte le teorie della democrazia, disegna tuttavia un modello normativo che proprio perché tale è un modello limite, regolativo, se vogliamo “ideale”, che si può in tutto o in parte condividere o criticare. Ma questo modello, proprio a causa del suo carattere normativo, è sempre contrassegnato da un qualche grado di virtuale ineffettività, cioè di divaricazione rispetto alla realtà: una divaricazione inevitabile – fisiologica, e solo oltre una certa misura patologica - consistendo nella distanza che sempre intercorre tra le norme e i fatti, non essendo le prime descrittive ma appunto normative nei confronti dei secondi. Non viviamo infatti, né mai vivremo, in un mondo deonticamente perfetto.

C’è tuttavia una differenza tra la teoria da me sviluppata rispetto ad altre dottrine politiche della democrazia. Essendo articolata, nelle sue varie forme e dimensioni, sulla base delle garanzie di altrettante classi di diritti fondamentali di solito costituzionalmente stabiliti – i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali – questa teoria è non già una dottrina filosofico-politica della democrazia in astratto, cioè del buon governo democratico, né tanto meno una teoria politica della giustizia, bensì una teoria della democrazia costituzionale empiricamente ancorata all’esperienza storica del costituzionalismo democratico ed ai limiti e ai vincoli di diritto positivo da esso imposti.

4. Di qui lo stretto rapporto tra teoria (formale) del diritto e teoria (normativa) della democrazia. E’ questa la quarta questione sollevata da Rescigno: una questione epistemologica centrale e pregiudiziale, della quale ho trattato nell’Introduzione a *Principia iuris* ma che merita qui di essere meglio chiarita.

Perché mai, mi domanda Rescigno, ho “rinunciato a costruire una teoria assiomatizzata della democrazia”, in aggiunta alla teoria assiomatizzata del diritto? La risposta è semplice: perché, per essere formalizzabile e assiomatizzabile, una teoria deve essere prima di tutto “formale”, cioè consistere non già nella descrizione (o nella prescrizione) di questo o quel concreto e contingente fenomeno empirico appartenente al suo universo di discorso, ma nello sviluppo di un sistema di concetti in grado di offrire un’esplicazione adeguata di tutti i possibili fenomeni empirici appartenenti al suo universo. E questo può accadere per la teoria del diritto, che in tanto è una teoria “generale” in quanto è valida per qualunque ordinamento giuridico, sia esso primitivo o avanzato, semplice o complesso, democratico o antidemocratico, liberale o illiberale; mentre non è certo possibile per la teoria della democrazia, che deve al contrario identificare principi sostanziali e regole di giustizia che vanno ben al di là delle strutture sintattiche proprie di qualunque ordinamento giuridico.

C’è infatti un tratto distintivo della teoria rispetto ad altri approcci disciplinari. La teoria del diritto non ci dice (né deve dirci) nulla su che cosa stabilisce il diritto positivo dei diversi ordinamenti, né su che cosa sarebbe giusto che esso stabilisse. In questo senso è formale, e perciò formalizzabile: nel senso che si limita a identificare le strutture formali dei fenomeni giuridici. Non ci dice, per esempio, quali sono o quali sarebbe giusto che fossero le norme di un dato ordinamento o i diritti fondamentali in esso stabiliti; ci dice soltanto in che cosa consistono le norme e i diritti fondamentali, definendone i concetti teorici. E’ questo, del resto, ciò che caratterizza tutte le teorie generali del diritto, da quella di Kelsen a quelle di Hart, di Ross e di Bobbio. Ed è anche il tratto distintivo della teoria sviluppata nel primo volume di *Principia iuris*, che senza nulla dirci dei contenuti normativi dei diversi sistemi giuridici né tanto meno delle costituzioni e dei diritti in esse stabiliti, nella sua prima parte vale per qualunque sistema di regole, nella seconda anche per tutti i sistemi di diritto positivo fondati sul principio di legalità quale norma di riconoscimento del diritto esistente, e nella terza anche per tutti gli stati costituzionali di diritto basati sulla costituzionalizzazione di principi e di diritti fondamentali quali norme di riconoscimento del diritto valido.

“Formale”, quale termine metateorico associato a “teoria”, viene insomma qui inteso nello stesso senso in cui è usato da Norberto Bobbio, che parimenti caratterizza la teoria del diritto come “teoria formale”, ed è sinonimo della parola “pura” associata da Hans Kelsen alla sua teoria. Con una differenza: “formale”, a mio parere, non vuol dire, come ritengono Kelsen e Bobbio, “descrittiva” e “avalutativa”: sia i postulati che le definizioni sono infatti proposizioni normative (del tipo; “assumo, o convengo o propongo di intendere”, per esempio il termine ‘norma’, “nel senso di...”), cioè il frutto di convenzioni e perciò di scelte operate dal teorico in funzione della loro capacità esplicativa. E questo basterebbe a fugare la preoccupazione di Rescigno: quella del “carattere per così dire totalitario” dell’assiomatizzazione, in forza della quale “o ci si colloca all’interno dell’opera e cioè della teoria, ed al più, se se ne ha la capacità e ne ricorre l’occasione, si procede a critiche e precisazioni che prendono di mira la coerenza e/o la completezza in questo o quel punto specifico... oppure qualunque dissenso costringe a un’alternativa comunque imbarazzante e problematica”: la costruzione di una “teoria alternativa, della stessa ampiezza e profondità” oppure l’opposizione di “un rifiuto pregiudiziale” al tipo di teoria da me proposto. Ebbene, è esattamente il contrario. Proprio il metodo assiomatico adottato e perciò il carattere stipulativo dei postulati e delle definizioni fanno di una teoria assiomatizzata come quella del diritto da me elaborata un sistema aperto alle critiche e ad ulteriori sviluppi e perciò suscettibile di progresso scientifico: attraverso integrazioni o anche profonde modificazioni delle assunzioni, cioè dei postu-lati e delle definizioni convenute, nonché sulla base di ulteriori, possibili interpretazioni empiriche del sistema teorico. Prova ne sia che nel corso dello sviluppo della teoria elaborata in *Principia iuris* non c’è stato forse nessun postulato e nessuna definizione che io non abbia modificato o integrato innumerevoli volte: ogni volta che un postulato o una definizione si rivelavano inadeguati a fondare implicazioni (da me) ritenute vere, o peggio idonee a fondare implicazioni (da me) ritenute false; o anche, al contrario, ogni volta che, alla prova del calcolo, si rivelava l’infondatezza della pretesa verità di una tesi o peggio della sua supposta falsità. Non tutte le tesi intuitive, infatti, sono vere,

e non tutte le tesi vere sono intuitive. La teoria, conseguentemente, è stata il frutto di innumerevoli aggiustamenti per prova ed errore. E non vedo perché chi abbia voglia di adottare il metodo da me proposto non possa fare altrettanto.

Non è invece, né può essere formale la teoria della democrazia; giacché essa include principi sostanziali come sono i diritti fondamentali storicamente determinati, sulla base dei quali, a seguito di lotte e rivoluzioni altrettanto storicamente determinate, si sono fatti valere bisogni e interessi vitali di tutti e si sono di fatto articolate le odierne democrazie costituzionali. Per questo essa non può essere né formalizzata né assiomatica. Ma non per questo, come ipotizza Rescigno, essa non intrattiene legami con la teoria del diritto. Al contrario, al pari della dogmatica costituzionalistica, essa consiste in quella che i filosofi della scienza chiamano “interpretazione semantica” o “empirica” della teoria. Precisamente, mentre la scienza costituzionalistica è un’interpretazione semantica *descrittiva* della teoria del diritto ancorata al dettato costituzionale dei concreti e diversi ordinamenti indagati, la teoria della democrazia è un’interpretazione semantica *normativa* della medesima teoria, ancorata all’esperienza storica dell’odierno costituzionalismo. Per questo, come ho già detto, essa non è una qualsiasi teoria filosofica del buon governo democratico, bensì una teoria normativa che vuol essere empiricamente fondata.

Insomma, la teoria del diritto non ci dice quali principi una democrazia incorpora o deve incorporare nel suo ordinamento - ciò che può dirci soltanto la scienza giuridica costituzionalistica; né ci dice quali principi essa deve incorporare - ciò che può dirci soltanto una teoria della democrazia costituzionale. Ci dice tuttavia che, ove incorpori quei principi di giustizia - come l’uguaglianza, i diritti di libertà e i diritti sociali - che non a caso sono stati incorporati dalle rivoluzioni politiche, dalle lotte sociali e dalle battaglie civili di questi ultimi tre secoli, allora deve prenderli sul serio. E prenderli sul serio, perché normativi nei confronti del diritto medesimo, vuol dire costruire quel complesso apparato di garanzie, di funzioni e di istituzioni di garanzie che sono in grado di assicurarne la massima effettività. Per questo, come ho detto più volte, il garantismo è l’altra faccia del costituzionalismo: perché senza garanzie i diritti restano sulla carta e rischiano di ridursi a semplici lustre di legittimazione ideologica. Per questo la teoria del diritto e la teoria della democrazia, dalla quale la prima è normativamente interpretata, conferiscono alla scienza giuridica un ruolo critico e progettuale: critico nei confronti del diritto illegittimo, cioè delle antinomie e delle lacune esibite dal diritto vigente rispetto ai limiti e ai vincoli ad esso imposti dai diritti costituzionalmente stabiliti; progettuale del diritto legittimo, cioè in attuazione delle promesse costituzionali. Per questo la democrazia costituzionale è sempre una (mai del tutto compiuta) costruzione giuridica, oltre che politica e sociale: perché tutti i diritti costituzionalmente stabiliti richiedono leggi di attuazione, che ne introducano le garanzie, sia primarie che secondarie, e le relative funzioni e istituzioni di garanzia.

5. Vengo così alla quinta e ultima questione, sulla quale devo registrare il mio principale dissenso, non metateorico ma teorico, dalle tesi di Rescigno: un dissenso che investe il nesso - a mio parere costitutivo, a parere di Rescigno irrilevante o scarsamente rilevante - tra il diritto e la democrazia.

Rescigno dichiara che il suo “punto di partenza nell’analisi delle costituzioni” è la constatazione che “tutte le costituzioni dei paesi nei quali domina il mercato capitalistico garantiscono il funzionamento di un sistema che rende possibile un accumulo di proprietà per ciascun individuo senza alcun limite giuridico” nonché “un reddito complessivo” parimenti “senza alcun limite giuridico”. E si domanda, provocatoriamente: “ha a che fare questa constatazione con la democrazia (con qualunque forma di democrazia)?”

Ovviamente sì, la domanda di Rescigno ha molto a che fare con la democrazia: ha a che fare nel senso che la risposta - proprio sulla base, tuttavia, di una teoria conseguente della democrazia costituzionale - è che la constatazione delle enormi disuguaglianze che caratterizzano oggi il mondo globalizzato equivale alla constatazione del suo scarsissimo grado di democrazia. Solo che questa disuguaglianza non è affatto

“garantita”, come scrive Rescigno, dalle costituzioni. A livello planetario essa è al contrario generata dall’assenza di costituzioni, o meglio, se consideriamo le tante carte internazionali dei diritti che formano una sorta di costituzione embrionale del mondo, dalla totale mancanza di una loro attuazione, cioè dalla mancata produzione di garanzie e di istituzioni di garanzia in grado di renderle effettive. Come ho scritto più volte, il tratto giuridico caratteristico dell’odierna globalizzazione è infatti il vuoto pressoché totale di diritto pubblico internazionale, cioè di garanzie sovranazionali dei diritti umani, pur normativamente proclamati: un vuoto colmato da un pieno di diritto privato di produzione contrattuale che inevitabilmente è espressione della legge del più forte.

Quanto alle costituzioni nazionali, invece, esse di solito garantiscono il contrario di quel che afferma Rescigno. Si pensi agli articoli 42-44 della Costituzione italiana, secondo i quali la legge “determina” non solo i modi di acquisto e di godimento, ma anche “i limiti” della proprietà privata “allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”, nonché “i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”; può inoltre “riservare... allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese”; “impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata” e “fissa limiti alla sua estensione”. Di solito, insomma, il difetto non è nelle costituzioni, ma nella loro mancata attuazione, cioè nell’assenza di idonee garanzie, responsabile della loro ineffettività. Nei casi poi nei quali le costituzioni non stabiliscono (o si ritiene che non stabiliscano) nessun limite all’accumulazione capitalistica, allora tali limiti, proprio sulla base del paradigma costituzionale delineato dalla teoria della democrazia, ben potranno essere introdotti. È stato questo, del resto, uno degli obiettivi del mio lavoro: l’allargamento del paradigma costituzionale e garantista tramandatoci dalla tradizione liberale, e limitato soltanto ai pubblici poteri a tutela dei soli diritti di libertà e di proprietà, da un lato anche ai poteri economici privati, che quella tradizione ha indebitamente identificato con le libertà occultandone la natura di “poteri”, dall’altro a garanzia anche dei diritti sociali, e non solo a livello statale ma anche a livello sovranazionale. Aggiungo per inciso, con riguardo specificamente alla questione sollevata da Rescigno, che nel II volume dei miei *Principia iuris* (§ 14.9, p.257) ho sostenuto l’inammissibilità dell’accumulazione illimitata dei diritti reali e la necessità, in attuazione del modello normativo della democrazia costituzionale, di imporre non solo limiti minimi, ma anche limiti massimi, per esempio mediante l’imposizione fiscale, ai redditi individuali.

Del resto, allorché Rescigno invoca, a sostegno dello Stato sociale, la “redistribuzione” della ricchezza, entra in contraddizione con il suo rifiuto come “illusoria” della tesi che un qualche “miglioramento del mondo può avvenire attraverso il diritto e i diritti”. “Per me”, egli aggiunge, “i diritti, che coesistono tranquillamente con il vergognoso spreco dei ricchi e la miseria e disperazione di miliardi di esseri umani, somigliano a quelli che chiudono la stalla dopo che i buoi sono fuggiti”: in breve, non servono a nulla. Ma non sono forse proprio i diritti sociali e gli obblighi di prestazione da essi implicati che impongono alla sfera pubblica il dovere giuridico della redistribuzione? E non è forse la loro stipulazione che consente di leggere e di denunciare come illegittima la loro mancata attuazione e garanzia? E non è questa lettura e questa denuncia come *giuridicamente illegittimo* dello stato di cose esistente un compito civile e politico oltre che scientifico, ben al di là della lamentazione morale, che spetta alla cultura giuridica e specificamente a quella costituzionalistica?

Certamente l’attuazione, attraverso l’introduzione di idonee garanzie, dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti è sempre una conquista politica, che dipende dalle lotte sociali a suo sostegno. Ma essa, essendo imposta dal diritto e non potendo avvenire che attraverso il diritto, chiama in causa anche la responsabilità dei giuristi, che devono criticare il diritto illegittimo esistente e progettare la trasformazione in attuazione del disegno costituzionale. Per questo non condivido affatto l’affermazione di Rescigno secondo cui il giurista “non può non essere un conservatore”. Esattamente al contrario, in una democrazia costituzionale che impone alla legislazione e alla politica i limiti e i vincoli corrispondenti ai diritti costituzionalmente stabiliti, il giurista, se prende sul serio il suo mestiere sul piano scientifico ancor prima che su quello civile e politico, *deve essere* un riformatore: deve criticare,

ripeto, come illegittime le antinomie espresse dalle leggi invalide perché in contrasto con la costituzione e, soprattutto, progettare come obbligatorio il superamento, per via giurisdizionale o legislativa delle antinomie e delle lacune espresse dalla violazione o dalla mancata attuazione della costituzione medesima. Che è del resto quel che lo stesso Rescigno ha sempre fatto in maniera esemplare.

Ho l'impressione che alla base delle tesi di Rescigno ci sia un'aporia. "Le costituzioni effettive dei paesi capitalistici", egli afferma, "sono anzitutto e fundamentalmente lo strumento al servizio del principio per cui non esiste limite alla quantità di proprietà e reddito che ogni individuo può raggiungere". Conseguentemente, egli aggiunge, se è vero che "le costituzioni viventi ed effettive seguono, come è vero che seguono, i principi non scritti e fondamentali secondo cui non c'è limite alla proprietà e al reddito" allora "resta fermo che il giurista, o il giudice o qualunque altro operatore giuridico deve attenersi a questa comunicazione, quali che siano le innumerevoli conseguenze pratiche e sociali che tali principi determinano". Ma che cosa sono le "costituzioni viventi ed effettive" di cui parla Rescigno? Che cosa significa, per lui, "viventi ed effettive"? Che cosa sono mai "i principi non scritti e fondamentali" da lui evocati della mancanza di limiti alla proprietà? Sono, evidentemente, le costituzioni e i principi espressi o "comunicati", secondo l'espressione di Rescigno, da quel che di fatto accade, cioè dai rapporti di forza e di sfruttamento che contrassegnano il mercato capitalista. Ma il giurista non deve affatto "attenersi a questa comunicazione". Deve attenersi al diritto dettato dalle costituzioni, che proprio perché è il frutto di lotte e di rivoluzioni è sempre contro la natura e contro la realtà. Detto in altri termini, familiari ai costituzionalisti: la "costituzione formale", che è la sola costituzione esistente, è sempre contro la cosiddetta "costituzione materiale": termine, questo, tra i più infelici, impropri e fuorvianti della nostra letteratura giuridica.

Se poi le costituzioni ci sembrano povere o inadeguate – e certamente, di solito, non lo sono affatto – sarà compito della progettazione giuridica e politica e delle lotte sociali a loro sostegno cambiarle e integrarle. E' precisamente a questo cambiamento che puntano tutte le riforme e le rivoluzioni degne di questo nome. E' quanto è stato fatto dalle rivoluzioni liberali per quel che riguarda i diritti di libertà, e dalle lotte operaie per quel che riguarda i diritti sociali e del lavoro, e invece non è stato fatto, purtroppo, dall'esperienza comunista, la quale nulla ha imparato da quella liberale. Al contrario, proprio l'idea riproposta da Rescigno che il diritto "viene determinato e non determina" (la sua vecchia concezione come sovrastruttura?), e che è "pura illusione" quella che si possa "fare del diritto e dei diritti lo strumento della società armoniosa, libera e giusta" è responsabile del tragico fallimento dei socialismi reali, basati sul disprezzo del diritto e dei diritti e sull'illusione opposta e sempre nefasta del "potere buono", in forza della presunta bontà di chi lo detiene (la dittatura del proletariato?), e perciò non bisognoso di limiti e vincoli giuridici a garanzia dei diritti delle persone.