

LUIGI FERRAJOLI*

La democrazia attraverso i diritti.
Un dialogo tra filosofi e giuristi

1. *Questioni di teoria del diritto* – 1.1. *La rigidità costituzionale* – 1.2. *Diritti fondamentali e leggi di attuazione* – 1.3. *Significati normativi e validità sostanziale* – 1.4. *Sulla possibile inesistenza di un atto normativo per ragioni di contenuto* – 2. *Questioni di teoria della democrazia* – 2.1. *Una nozione di democrazia troppo ampia?* – 2.2. *Una nozione di democrazia troppo ristretta?* – 2.3. *Ridondanza e/o insufficienza dei miei quattro principi dello stato di diritto* – 2.4. *Sulla dimensione sostanziale della nozione di democrazia costituzionale* – 2.5. *Sulla democrazia rappresentativa e parlamentare* – 2.6. *Sulla fondazione e sulla costruzione politica dello stato di diritto e della democrazia* – 3. *Questioni di epistemologia giuridica.*

Sono molto grato a quanti sono intervenuti nella discussione sul mio libro *La democrazia attraverso i diritti*. Distinguerò, in questa replica, tre ordini di critiche rivoltemi: quelle di teoria del diritto (§ 1), quelle di filosofia politica (§ 2) e quelle di meta-teoria o epistemologia giuridica (§ 3). Sono del primo tipo i rilievi svolti da Giorgio Pino e da Paolo Carnevale; del secondo tipo quelli svolti di nuovo da

* Professore Emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre. E-mail: luigi.ferrajoli@uniroma3.it.

Giorgio Pino e, inoltre, da Pierluigi Chiassoni, da Valentina Pazé e da Nello Preterossi; del terzo tipo le osservazioni critiche di Pierluigi Chiassoni. Tutti gli interventi sono stati assai penetranti e per me stimolanti, avendomi consentito di chiarire e precisare le tesi criticate.

1. *Questioni di teoria del diritto*

Giorgio Pino, al quale debbo il contributo non soltanto più ampio e analitico ma anche più critico in ordine a questioni di fondo, interviene su tre temi di teoria del diritto: quello della rigidità delle costituzioni, sul quale è intervenuto anche Paolo Carnevale (§ 1.1), quello delle leggi di attuazione richieste dalla stipulazione costituzionale dei diritti fondamentali (§ 1.2) e quello dei significati associabili alle norme valide, questione che rimanda a quella della nozione di validità sostanziale (§ 1.3). Carnevale, a sua volta, ha sollevato una questione assai rilevante: quella della possibile inesistenza di una norma non per ragioni di forma, legate alla produzione dell'atto normativo, bensì di sostanza, legate a ciò che dall'atto normativo è disposto (§ 1.4).

1.1. *La rigidità costituzionale*

Sulla prima questione concordo nella sostanza con gran parte delle osservazioni che mi sono state rivolte. Sono d'accordo sul fatto che la procedura aggravata prevista per la revisione costituzionale non equivale, come osserva giustamente Giorgio Pino (63 ss.), alla sopraordinazione gerarchica delle norme per le quali è prevista tale procedura. Esistono infatti leggi che richiedono procedure aggravate di formazione, come le leggi di amnistia, o che sono dotate di un particolare tipo di resistenza alle loro modifiche o abrogazioni, come sono le leggi che non possono essere

sottoposte a referendum: tutte queste sono certamente leggi ordinarie, in nessun senso gerarchicamente sopraordinate alle altre. La procedura aggravata, in breve, non implica la rigidità, ossia la sopraordinazione. È tuttavia vero l'inverso: la sopraordinazione, sia che si tratti di rigidità assoluta o di rigidità relativa, suppone, quali garanzie primarie della rigidità, nel primo caso l'esclusione di qualunque (procedura di) revisione e nel secondo la previsione di una procedura aggravata rispetto a quella prevista per le leggi ordinarie.

Sono anche d'accordo con la tesi – che come riconosce Pino ho anch'io ammesso nei passi da lui riportati – che senza controllo giurisdizionale di costituzionalità non si ha forza vincolante della costituzione (65 s.). Ove mancasse tale controllo non ci sarebbe infatti nessuna possibilità di annullare o di disapplicare le leggi incostituzionali per contrasto con la Costituzione. Pino rileva che queste tesi sono state da me introdotte come «precisazioni marginali» apportate alla mia «costruzione teorica»: «marginali perché figurano in nota, quasi *en passant*, ma che in realtà mettono in discussione e quasi contraddicono il modo in cui [avevo] precedentemente costruito i concetti rilevanti» (68 s.).

Su quest'ultimo rilievo non sono d'accordo, anche se ammetto che quelle precisazioni – che del resto mi furono suggerite dallo stesso Giorgio Pino e da Dario Ippolito, che qui ringrazio entrambi, nel corso di un seminario svoltosi prima della pubblicazione del libro – non sono affatto marginali. Il fatto che in assenza di controllo giurisdizionale di costituzionalità non ci sia possibilità di annullare o disapplicare le leggi incostituzionali non incide affatto sulle mie tesi dato che non toglie che tale controllo è pur sempre una garanzia secondaria; così come è una garanzia primaria l'incompetenza del legislatore a derogare e quindi a modificare la costituzione: un'incompetenza assoluta nel caso di rigidità assoluta generata dall'esplicito divieto o anche solo dalla mancata previsione di procedure di revisione; un'incompetenza relativa

nel caso di rigidità relativa, generata dalla previsione di procedure più o meno gravose di revisione.

La tesi di Pino, che identifica la rigidità e la sopraordinazione gerarchica della Costituzione – in breve, l'identità di costituzione associata a un dato testo normativo – con il controllo giurisdizionale di costituzionalità, equivale alla tesi che in assenza della previsione della relativa sanzione un divieto pur stabilito da una legge non esiste, o che non esiste un diritto soggettivo pur positivamente stipulato perché non sono stati introdotti i doveri corrispondenti o le sanzioni per le loro violazioni: che è una tesi kelseniana che appiattisce quelle che io chiamo “norme primarie” sulle “norme secondarie” o di “garanzia secondaria” (chiamate invece da Kelsen “primarie”) e che, come Pino ben sa, io ho criticato ripetutamente perché in contrasto con il principio di positività. Condivido insomma la tesi di Alessandro Pace sulla rigidità “naturale” delle costituzioni; anche se questa espressione non mi piace e preferisco parlare della rigidità come del connotato delle costituzioni consistente nella loro sopraordinazione a tutte le altre fonti. Le costituzioni sono rigide, cioè collocate al vertice della gerarchia delle norme, perché *stipulate come tali*, cioè quali fondamenti dei sistemi giuridici e politici. Non certo perché contengono diritti fondamentali attribuiti a tutti e perciò non derogabili da nessuna maggioranza, ma perché stipulate come fondamentali, cioè di grado a tutte le altre norme sopraordinato: dove «entità di grado sopraordinato ad un'altra», come stabilisce in *Principia iuris* la mia definizione D5.4, è semplicemente ciò che è predicabile di qualunque «regola o modalità o aspettativa positiva o negativa» (nel nostro caso le norme costituzionali) di «un'entità» (nel nostro caso l'atto legislativo) «che dell'altra» (nel nostro caso la norma di legge) «è causa», cioè da cui l'altra è prodotta. In questo senso, come dimostrano i miei teoremi T9.100-T9.104, sono di grado sopra-ordinato sulle norme prodotte tutte le norme, formali e

sostanziali, sulla loro produzione: le norme costituzionali rispetto alle leggi ordinarie, le leggi ordinarie rispetto ai negozi, alle sentenze e agli atti amministrativi. Tanto è vero che – come ho convenuto con la definizione D12.22 di “costituzione” e con i teoremi T12.88 e T12.89 da essa e da altri teoremi derivati – sono costituzioni anche quelle non democratiche (si pensi alla costituzione ungherese) purché di grado supremo entro l’ordinamento di cui stabiliscono le norme di riconoscimento; laddove la previsione di diritti fondamentali è solo un connotato contro-fattuale delle «costituzioni democratiche»¹. La rigidità è insomma, a mio parere, un connotato o requisito del concetto di costituzione quale insieme delle norme che operano come parametri di validità e di invalidità delle leggi ordinarie in quanto norme, siano esse formali o sostanziali, sulla loro produzione (T9.100). E va perciò utilmente distinta non soltanto dalle sue garanzie primarie (cioè dal divieto o dalle procedure aggravate di revisione), ma anche dalle sue garanzie secondarie (cioè dal controllo di costituzionalità), benché da queste dipenda, come sempre accade con le garanzie secondarie, la sua effettività².

Detto questo, non ho nessuna difficoltà a riconoscere che il mio argomento a sostegno della rigidità costituzionale

¹ Rinvio, per queste tesi, a FERRAJOLI 2007a, vol. I. Precisamente, per la definizione D5.4 di “grado sopraordinato” al § 5.8, 286, per i teoremi T9.100-T9.104 al § 9.7, 518-519; per la definizione D12.22 di ‘costituzione’ e per i teoremi da essa derivati al § 12.10, 890-896.

² Ho distinto la rigidità quale connotato del concetto di costituzione dalle sue garanzie primarie e secondarie, le une consistenti nei limiti assoluti o relativi imposti alla revisione, le altre nel controllo giurisdizionale di costituzionalità, in FERRAJOLI 2007a, vol. I, 12.10, 892; e vol. II, § 13.7, 87-95. Ho formulato le stesse distinzioni in FERRAJOLI 2007b, in particolare §§ 4 e 5, 17-19.

consistente nel fatto che nelle costituzioni sono stabiliti diritti fondamentali, i quali in quanto diritti di tutti non possono essere manomessi dalle maggioranze dato che la maggioranza non può disporre di ciò che non le appartiene, non è una tesi né un argomento di teoria del diritto, ma solo un argomento di filosofia politica o, se si preferisce, semplicemente un argomento politico. È d'altro canto evidente che, come osserva Pino (67 s.), diritti fondamentali nel senso della mia definizione possono essere introdotti anche da leggi ordinarie: si pensi allo statuto dei diritti dei lavoratori approvato con la legge n. 300 del 22.5.1970, che al suo art. 18 contiene il celebre diritto a non essere licenziati senza giusta causa, oppure ai diritti dell'imputato stabiliti dal codice di procedura penale, come il diritto di difesa e il diritto di non rispondere alle domande degli inquirenti. Ma si pensi ancor prima ai diritti fondamentali stabiliti in costituzioni flessibili. È chiaro che tali diritti sono suscettibili, sul piano puramente giuridico, di essere validamente limitati e perfino soppressi da una legge ordinaria. Ho perciò trovato strano che lo stesso Pino abbia poi criticato come "contro-intuitiva" la mia nozione di diritti fondamentali perché essa non include il rango costituzionale delle norme da cui sono stabiliti (100): un rango che invece è un connotato solo eventuale e contingente di tali diritti, che come ho sopra osservato non si identifica affatto con la rigidità delle costituzioni anche se, ovviamente, dei diritti costituzionalmente stabiliti è la principale garanzia e rappresenta perciò la grande novità delle odierne democrazie costituzionali.

Sul tema della rigidità costituzionale sono anche d'accordo con gran parte delle osservazioni di Paolo Carnevale. Carnevale giustifica «il carattere prevalentemente implicito e indeterminato» (19) da me lamentato dei limiti assoluti alla revisione costituzionale con l'argomento che la Costituzione ha voluto stabilire l'intangibilità non già della lettera, ma solo del «nucleo essenziale» dei suoi principi supremi.

D'accordo. E, tuttavia, perché non dire espressamente quali sono questi «principi supremi» il cui nucleo è appunto intangibile e, soprattutto, non stabilire che essi possono essere rafforzati e non anche soppressi o indeboliti?

Sono poi del tutto d'accordo con la tesi sostenuta da Carnevale dell'illegittimità delle procedure straordinarie o d'eccezione previste, sia pure volta a volta, per la revisione costituzionale: è il caso del disegno governativo di revisione n. 813 AS intitolato «Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali» proposto dal governo Letta e diretto ad assicurare una corsia preferenziale alle riforme da esso stesso progettate. Poiché, come dice giustamente Carnevale, l'art. 138 della nostra Costituzione sulla revisione costituzionale è una norma sulla normazione costituzionale, e perciò una meta-norma costituzionale assolutamente fondamentale, la sua inderogabilità rappresenta un «limite assoluto» alla revisione: anche questo, aggiungo, un limite che può essere (e sarebbe bene che fosse) solo rafforzato e non modificato o ridotto.

1.2. Diritti fondamentali e leggi di attuazione

Più di fondo è l'obiezione mossa da Giorgio Pino alla mia tesi che «tutti i diritti fondamentali necessitano di una legislazione di attuazione» (71). Pino ne ricava la tesi che essi sarebbero, secondo me, non immediatamente vincolanti ma semplicemente «programmatici», salvo l'obbligo del legislatore di attuarli.

Non è così, anche se riconosco che talora – al fine di evidenziare, in risposta alla critica mossami da più parti del poco spazio che lascerei alla politica, il ruolo della politica e della legislazione nella costruzione delle garanzie e con esse della democrazia – posso aver generato un tale, gravissimo equivoco. L'equivoco è stato evidentemente originato dalla mia affermazione che i diritti fondamentali costituzionalmente

applicabili, solo allorquando in loro mancanza si determina una lacuna strutturale, inteso con questa espressione, come ho convenuto con le definizioni D10.44 e D10.46, l'impossibilità, appunto, di applicare la norma sopraordinata per mancanza delle sue garanzie⁵: delle garanzie primarie, come nel caso dei diritti sociali o dei diritti di immunità garantiti da divieti penali e, in tutti i casi, delle garanzie secondarie che non nascono mai simultaneamente alla stipulazione dei diritti. Senza l'istituzione della scuola dell'obbligo e del servizio sanitario nazionale gratuito, i diritti sociali all'istruzione e alla salute sarebbero inapplicati, così come lo sarebbero il diritto all'integrità personale e perfino il diritto alla vita in assenza dei corrispondenti divieti penali di lesione e le relative garanzie secondarie. La stessa rigidità costituzionale, come ho detto più sopra, risulterebbe ineffettiva in assenza della sua garanzia secondaria o giurisdizionale. Senza contare che sia la tutela dei diritti di libertà che la soddisfazione dei diritti sociali richiedono, oltre alle loro dirette garanzie primarie e secondarie, la costruzione, per via legislativa e poi amministrativa, dell'intero apparato della sfera pubblica: forze di polizia, ispettorati del lavoro, apparati amministrativi di prelievo fiscale e di spesa pubblica e simili.

L'equivoco proviene da un fraintendimento della lettera delle mie tesi. Non ho mai sostenuto, infatti, che la produzione di leggi di attuazione dei diritti costituzionalmente stabiliti sia *sempre* una condizione del loro carattere vincolante e immediatamente applicabile. Non c'è nessuna tesi in *Principia iuris* da cui possa ricavarsi una simile illazione. Al contrario, a commento delle osservazioni di Luis Prieto ho scritto che «i giudici devono interpretare le leggi alla luce della Costituzione [...] applicando direttamente le norme

⁵ FERRAJOLI 2007a, vol. I, §§ 10.19 e 10.20, 684-695.

costituzionali in tutti i casi nei quali non si richiedono leggi di attuazione»⁶. E in risposta a Fabrizio Mastromartino ho sostenuto che «l'*interpositio legis* si richiede solo allorché da essa, cioè dalla produzione di norme generali ed astratte, dipende l'esistenza delle garanzie e perciò l'applicabilità dei diritti relativi»⁷. E ho precisato che sia la legge di attuazione che l'annullamento delle leggi invalide, cioè la soluzione legislativa delle lacune e quella giurisdizionale delle antinomie, sono necessari «soltanto in tutti i casi nei quali, in loro mancanza, le norme costituzionali che stabiliscono diritti fondamentali non sono applicabili: è il caso, per quanto riguarda le antinomie in ordinamenti dotati del solo controllo accentrato di costituzionalità, delle leggi invalide ma vigenti e quindi applicate, in danno dei diritti da esse lesi, finché non sono abrogate o annullate; ed è il caso, per quanto riguarda le lacune, dei diritti sociali, come il diritto alla salute o all'istruzione o alla previdenza, ma anche di molti diritti di immunità, dal diritto alla vita e all'integrità personale a gran parte dei diritti di libertà, parimenti inapplicabili senza l'introduzione legislativa del servizio sanitario, o della scuola pubblica, o di idonei apparati di

⁶ FERRAJOLI 2011a, 250.

⁷ FERRAJOLI 2011b, 203. E dopo aver precisato che sono solo le antinomie e le lacune, cioè i vizi sostanziali che investono norme, che richiedono interventi riparatori, di annullamento o di attuazione, aggiungo: «Non sempre, quindi, i diritti fondamentali richiedono leggi di attuazione. Di fronte alla lesione di un principio costituzionale da parte di un *atto formale singolare*, per esempio amministrativo o giurisdizionale o negoziale – come la proibizione da parte della polizia di una riunione pacifica e senz'armi, o un provvedimento di censura della libera stampa, o un arresto o una perquisizione illegittima – è chiaro che non è necessaria nessuna legge di attuazione: il giudice dichiara l'illegittimità dell'atto con esso in contrasto perché invalido o perché illecito» (203-204).

polizia o della punibilità come reati, in osservanza del principio di legalità penale, delle loro lesioni»⁸.

Perfino nelle pagine de *La democrazia attraverso i diritti* nelle quali compaiono i tre passi citati da Pino a sostegno della sua critica ho sostenuto tesi diverse da quella attribuitami. Nel primo di questi, a p. 68, ho sostenuto una tesi addirittura opposta: che l'identificazione kelseniana dei diritti con le loro garanzie «misconosce il grado sopraordinato ad ogni altra fonte delle norme costituzionali e dei diritti in esse stabiliti, la cui esistenza e il cui carattere vincolante non possono essere subordinati alla produzione delle loro leggi di attuazione, senza con ciò ammettere un capovolgimento della gerarchia delle fonti». Nel secondo passo, a p. 69, ho scritto che «secondo il principio di completezza i diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni richiedono quasi sempre leggi di attuazione che ne dispongano le garanzie, non essendo queste prodotte, come accade per i diritti patrimoniali, contestualmente agli stessi diritti garantiti». Ed ho esemplificato quel «quasi sempre»

⁸ FERRAJOLI 2011b, 204. Riporto, sulle lacune e sulle antinomie da me chiamate «strutturali», questo passo di FERRAJOLI 2007a, vol. I, § 10.19, 687-688: «Sia le lacune che le antinomie, consistendo in inosservanze di norme sulla loro produzione (T10.269), sono insomma vizi connessi ai dislivelli normativi, cioè alla violazione – le une per commissione e le altre per omissione – di norme di grado sopra-ordinato (T10.270, T10.271). Per questo – perché consistono in norme con queste in contrasto o nell'assenza di norme da queste richieste – esse interpongono tra norme sopraordinate e norme subordinate una sorta di diaframma: non solo la loro rimozione implica, come per tutti gli altri vizi, una specifica decisione, ma esse precludono, se non rimosse, l'applicazione delle norme sopra-ordinate. Precisamente, si è detto, tale applicazione suppone, nel caso delle antinomie l'annullamento della norma con queste in contrasto (T10.266), e nel caso delle lacune l'introduzione della norma rispetto ad esse mancante (T10.267)».

menzionando «tutti i diritti sociali, come il diritto alla salute o all'istruzione» che evidentemente, ripeto, richiedono, oltre alle leggi sull'assistenza sanitaria e sull'istruzione obbligatoria, la costruzione di ospedali e di scuole, e i divieti penali a garanzia di immunità fondamentali, che in forza della riserva di legge in materia penale possono essere introdotti solo dalla legge. Infine nel terzo passo, a p. 113, ho parlato, a proposito dei diritti fondamentali, dell'«obbligo della loro attuazione, cioè della produzione di leggi che li garantiscano, in violazione del quale si producono lacune».

1.3. *Significati normativi e validità sostanziale*

La terza questione riguarda la validità sostanziale. Giorgio Pino critica la mia tesi secondo la quale perché un atto normativo sia valido è necessario che gli sia associato *almeno un* significato coerente con tutte le norme sostanziali ad esso sopraordinate, sicché sarà invalido «se *nessun* significato normativo associabile all'atto è compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione» (88). E afferma che una simile tesi produce «una sorta di “sanatoria”, in sede teorica, di quegli atti normativi che esprimono nello stesso tempo sia norme valide che norme invalide, e perfino di quegli atti normativi che, nella prassi, risultino costantemente interpretati e applicati dagli organi dell'applicazione in un senso che è incompatibile con le norme superiori» (89).

Non capisco il senso di questa critica. Secondo le definizioni che ne ho dato nei miei *Principia iuris*, le nozioni di “validità” sia formale che sostanziale, al pari di quella di “vigore” (o di “esistenza”), sono predicabili solo degli atti normativi, e non anche delle norme, pur se il loro *definiens* è riferito, nel caso dell'esistenza e della validità (e dell'invalidità) formale alle forme dell'atto, e nel caso della validità (e dell'invalidità) sostanziale, ai significati delle norme da esso espressi. È chiaro che, essendo possibile che a un

medesimo enunciato normativo vengano associati più significati, saranno invalide tutte e solo le interpretazioni, ossia i significati normativi, incompatibili con taluna delle norme ad esso sopraordinate⁹. Ma questo non esclude la validità dell'atto qualora a questo siano associabili significati con tali norme compatibili. Altrimenti avremmo il paradosso, accogliendo quella che sembra la tesi suggerita da Pino, che qualunque sentenza che assuma alla base della sua decisione un'interpretazione della legge inammissibile sul piano sintattico perché in contrasto con la costituzione, comporterebbe – solo perché il testo della legge da essa applicata ammette, sul piano semantico, anche l'interpretazione che con la costituzione è (ritenuta) incompatibile – l'invalidità dell'atto legislativo. Ovviamente non è così: perché un atto normativo sia invalido occorre che esso non ammetta nessun significato compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione; altrimenti è invalido non già l'atto normativo, cioè la legge, bensì l'atto di applicazione della norma da esso prodotta, cioè la sentenza, perciò censurabile e riformabile nei gradi successivi del giudizio. E questo vuol dire precisamente ciò che a Pino sembra «non quadrare»: che «i giudici devono senz'altro scegliere» il significato

⁹ È poi evidente – e rispondo così all'osservazione critica di Pino circa il «punto cruciale» secondo cui «non sembra possibile né interpretare una norma che esprime un principio etico-politico, né valutare la coerenza rispetto ad essa delle norme subordinate, senza con ciò esperire corpose valutazioni sostanziali» che «saranno anche e necessariamente di carattere etico-politico» (13) – che l'accertamento sia della validità che dell'invalidità sostanziale di una legge dipende dall'interpretazione (della legge e della costituzione), la quale suppone valutazioni e opzioni morali. Ma questo è uno di quei significati banali e scontati della connessione tra diritto e morale che, come ho scritto in FERRAJOLI 2013, 97, nel passo riportato in nota dallo stesso Pino nella nota 19, nessuna persona di buon senso ha mai messo in dubbio.

«conforme a costituzione», «ignorando del tutto i possibili significati (cioè le possibili norme) anticostituzionali» (90). È poi evidente che nel caso prospettato da Pino di una costante e consolidata interpretazione anticostituzionale di un testo di legge, è sicuramente giustificata, pur in presenza di un possibile significato compatibile con la costituzione, una pronuncia di incostituzionalità della legge da parte della Corte costituzionale.

1.4. Sulla possibile inesistenza di un atto normativo per ragioni di contenuto

C'è poi una quarta questione, sollevata da Paolo Carnevale, in tema di rapporto tra validità ed esistenza. Carnevale riconosce «la grande novità» rappresentata, nelle odierne democrazie costituzionali, dalla dissociazione da me evidenziata tra esistenza e validità delle norme e della virtuale esistenza del diritto sostanzialmente illegittimo per l'incoerenza dei significati normativi prodotti, per esempio da una legge, con i principi costituzionali. E ricorda la mia tesi secondo la quale l'esistenza delle norme dipende solo dalla conformità delle forme dell'atto normativo a quelle predisposte dalle norme formali sulla sua formazione, mentre la loro validità sostanziale e la loro invalidità sostanziale dipendono, rispettivamente, dalla coerenza e dall'incoerenza dei contenuti normativi dell'atto con le norme sostanziali sulla sua produzione. Ebbene, Carnevale solleva la questione se sia configurabile un'inesistenza per ragioni di contenuto, e ricorda, a tal fine, l'esempio fatto da Carlo Esposito di una legge ordinaria che sopprimesse la Corte costituzionale. Un esempio analogo potrebbe essere quello di una legge regionale o di un regolamento ministeriale che introducessero reati e pene in contrasto con la riserva assoluta di legge in materia penale.

So bene che la questione se i vizi di competenza incidano sull'esistenza o sulla validità è stata a lungo discussa dalla dottrina, come del resto ricorda Carnevale. Ma a me sembra che non ci siano dubbi. La competenza è un requisito di forma – inteso “forma” in senso lato, comprensivo sia della competenza o capacità d'agire dell'autore dell'atto che dalle sue procedure di formazione¹⁰ – dato che riguarda il “chi” della decisione: un vizio ancor più radicalmente formale di quanto siano le violazioni delle stesse forme procedurali, dalle quali le norme di competenza sono presupposte. La legge ordinaria che nell'esempio di Carnevale sopprimesse un principio supremo come il controllo di costituzionalità sulle leggi sarebbe viziata da un difetto assoluto di competenza, non meno che se quella stessa decisione fosse presa da un organo amministrativo, per esempio da un consiglio comunale o da un consiglio di facoltà. Il fatto poi che quell'eventuale soppressione non sarebbe censurabile per assenza, ove fosse presa sul serio, dell'organo censorio è solo una conferma che essa equivarrebbe a un colpo di stato: che è sempre, purtroppo, un'ipotesi materialmente possibile ma ovviamente giuridicamente criminale.

Condivido perciò interamente la conclusione di Carnevale il quale, nel caso di invalidità e/o di inesistenza per violazione «del limite (assoluto) contenutistico» imposto dalle norme di competenza, auspica «una reazione di disapplicazione diffusa, piuttosto che attendere (come pure la Corte ha detto nella sentenza n. 1146 del 1988) una pronuncia del giudice delle leggi, tollerando nel frattempo la vigenza di una legge così incostituzionale da apparire sfigurativa della Costituzione» (17). Sono assolutamente d'accordo con questa conclusione, che conferma la mia

¹⁰ Si veda in FERRAJOLI 2007a, vol. I, § 9.2, 488-493, la definizione D9.1 di “forma”.

tesi sul carattere di vizio di forma dell'incompetenza assoluta, fonte perciò di inesistenza e non già di invalidità sostanziale delle norme.

Del resto sono anche d'accordo con Carnevale sulla tesi che, in generale, la vigenza o esistenza della legge invalida fino al giudizio di incostituzionalità della Corte equivale a un indebito «privilegio del legislatore» (17). Purtroppo questa persistenza fino al giudizio di invalidità accomuna tutti gli atti formali invalidi. Con una differenza, che fa di essa, come dice giustamente Carnevale, un «privilegio»: in tutti gli altri casi di invalidità – dei negozi, delle sentenze, degli atti amministrativi – il difetto di validità può essere fatto valere immediatamente dalla parte interessata grazie al diritto d'azione a tutti riconosciuto dall'art. 24, 1° comma della Costituzione; mentre nel caso della legge invalida, almeno in Italia, l'accesso al suo sindacato è limitato agli spazi ristretti della questione incidentale sollevata nel corso di un processo e decisa da un giudice. Ma questo è un difetto che, come ho sostenuto anche nel libro che stiamo discutendo, ben potrebbe venir meno qualora fosse previsto, se non l'azione popolare, quanto meno un «difensore della costituzione», come proposto da Hans Kelsen, ovvero un Pubblico ministero o Procuratore generale davanti alla Corte costituzionale con il potere, come è previsto per esempio dalla Costituzione brasiliana, di sollevare d'ufficio le questioni di incostituzionalità.

2. Questioni di teoria della democrazia

Sulle mie tesi in tema di democrazia sono intervenuti Giorgio Pino, Pierluigi Chiassoni, Valentina Pazé e Nello Preterossi. Pino ha criticato la mia nozione di democrazia perché a suo parere per un verso troppo ampia (§ 2.1) e per altro verso troppo ristretta (§ 2.2). Chiassoni ha osservato,

analogamente, che i miei postulati dello stato di diritto sono ridondanti se intesi in senso forte e insufficienti se intesi in senso lato (§ 2.3). Pazé ha sollevato obiezioni alla mia rigida distinzione tra dimensione formale e dimensione sostanziale della democrazia (§ 2.4) e alle mie tesi sui fondamenti della democrazia politica o rappresentativa (§ 2.5). Preterossi ha infine difeso il ruolo della sovranità statale quale condizione della tenuta dello stato di diritto e delle sue garanzie (§ 2.6).

2.1. *Una nozione di democrazia troppo ampia?*

Secondo Giorgio Pino, la mia «definizione di democrazia» è per certi versi troppo ampia e per certi versi troppo ristretta» (92). Sarebbe anzitutto «troppo ampia» la mia nozione di democrazia formale «perché include nel concetto di democrazia alcune cose che a ben vedere si fa fatica a ricondurre al concetto di democrazia come normalmente intesa [...]. Qui infatti troviamo non solo i tradizionali diritti politici, ma anche l'insieme dei diritti (civili) di autonomia privata» sui quali si fonda la dimensione della democrazia da me chiamata «civile»: che secondo Pino è una definizione che ha «qualcosa di strano» dato che, secondo le più correnti definizioni, la democrazia si riferisce ai metodi delle decisioni collettive e non si vede come possa rientrare nel suo campo di denotazione la conclusione di un contratto (92).

Come ho ampiamente argomentato nel capitolo XIV di *Principia iuris*, e in particolare nei §§ 14.14-14.21, e come ho ripetuto in innumerevoli scritti, questo allargamento della tradizionale nozione formale di democrazia – relativa alla forma, cioè al “chi” e al “come” delle decisioni – mi è parsa giustificata da un duplice ordine di analogie tra la dimensione politica e quella civile della democrazia. In primo luogo la fonte di legittimazione sia delle decisioni pubbliche che delle decisioni private è costituita da diritti fondamentali di *autonomia*: di autonomia politica nelle forme indirette

dell'esercizio dei diritti politici, attribuiti a tutti in quanto cittadini capaci d'agire, quale metodo di formazione degli organi decisionali, rappresentativi della sovranità popolare; di autonomia civile nelle forme dirette dell'esercizio dei diritti civili, attribuiti a tutti in quanto persone capaci d'agire, quale metodo di produzione degli atti negoziali come sono per esempio i contratti. In secondo luogo, e soprattutto, questo mio allargamento della nozione di *demo-crazia* è stato dettato dal rifiuto di un tradizionale pregiudizio ideologico, che da John Locke in poi – e oggi più che mai, a causa del trionfo delle ideologie liberiste – pesa sulla teoria liberale della democrazia e dei diritti fondamentali: l'idea che i diritti civili di autonomia, quelli connessi alla capacità d'agire, consistano in semplici diritti di libertà, al pari delle libertà di stampa o di riunione o di associazione, e non invece in *poteri*; che conseguentemente solo lo Stato sia il luogo del potere, mentre il mercato sarebbe il luogo delle libertà; che perciò, come segnala l'espressione «stato di diritto», solo i poteri statali e non anche quelli privati devono essere sottoposti alla legge e alle garanzie di tutela dei diritti fondamentali. Insomma, riconoscere che il potere di autodeterminazione nella sfera economica e più in generale nella propria sfera privata – il potere di decidere non solo come spendere il proprio denaro, ma quali studi e quale lavoro intraprendere, se e quando sposarsi e simili – è una dimensione essenziale dell'autogoverno e perciò della democrazia formale, rappresenta una condizione necessaria per lo sviluppo, oggi più che mai necessario di fronte alla sregolatezza del mercato, di un costituzionalismo di diritto privato a fianco del tradizionale costituzionalismo di diritto pubblico.

Ma la critica maggiore di Pino è rivolta all'«ipertrofia» della mia definizione di democrazia sostanziale: «secondo Ferrajoli, nella dimensione sostanziale della democrazia (o democrazia sostanziale) rientrano tutti i limiti sostanziali al potere di produzione normativa; tali limiti coincidono,

evidentemente, con le norme sostanziali della costituzione» (93). Ma, dice Pino, ci sono norme sostanziali nella costituzione che non sono diritti: per esempio il principio della responsabilità penale personale, la tutela della famiglia, del risparmio e del paesaggio, il *fiscal compact* e simili. Rispondo che io non sostengo che tutte le norme sostanziali della costituzione definiscono la dimensione sostanziale della democrazia, bensì che la dimensione sostanziale della democrazia è definita da quella specifica classe di norme sostanziali che è rappresentata dall'insieme dei diritti fondamentali e dai principi di uguaglianza e di dignità della persona.

2.2. Una nozione di democrazia troppo ristretta?

Ma Giorgio Pino sembra non condividere la mia stessa articolazione della nozione di democrazia costituzionale nelle due dimensioni, quella formale e quella sostanziale. Contro questa distinzione egli formula due critiche.

Secondo la sua prima critica, non può configurarsi un confine rigido tra diritti di autonomia, relativi alla dimensione formale, e diritti di libertà e diritti sociali, relativi alla dimensione sostanziale della democrazia. I diritti politici, domanda per esempio Pino, sono soltanto diritti di autonomia, oppure suppongono i diritti di libera associazione e richiedono, come i diritti sociali, corposi interventi pubblici (seggi elettorali, assunzione di scrutatori ecc.)? E il diritto a un reddito di base, del quale ho scritto che è sia un diritto sociale che un diritto di libertà, è l'una o l'altra cosa? Insomma: esiste un confine netto tra norme (e dimensioni) sostanziali e norme (e dimensioni) formali della democrazia (93 s.)?

Rispondo con due osservazioni. In primo luogo tutti i diritti fondamentali, al pari di tutte o quasi tutte le situazioni giuridiche, sono figure complesse, di carattere *molecolare*, che accanto a un nucleo che li caratterizza e li differenzia

strutturalmente rispetto ad altre includono, nella loro composizione atomica, modalità e aspettative diverse e per così dire strumentali rispetto alla figura che ne costituisce il nucleo basilare: il diritto reale di proprietà, per esempio, è insieme un diritto-potere di autonomia, cioè di disporre del bene di proprietà, un diritto di libero uso e godimento, un diritto negativo a non lesioni o turbative e anche, se vogliamo, un diritto positivo alla sua protezione ad opera degli apparati di polizia e alla sua garanzia secondaria o giurisdizionale in caso di lesione¹¹. Ma è il loro nucleo atomico di diritti-potere disponibili che ne rappresenta il tratto distintivo sul piano tipologico. In secondo luogo tutte le norme formali sulla produzione, inclusi quindi i diritti politici e i diritti civili, hanno un'intrinseca ambivalenza: come ho dimostrato con il teorema T12.76, esse vengono in rilievo come norme sostanziali al momento dell'accertamento giurisdizionale delle loro violazioni¹².

C'è poi una seconda critica avanzata da Pino a sostegno della sua tesi del carattere eccessivamente ristretto della mia nozione di democrazia. Contro la mia teoria quadridimensionale della democrazia e in particolare contro la mia distinzione tra dimensione formale e dimensione sostanziale, Pino richiama i miei argomenti, a suo parere insufficienti, sulla mancanza di portata empirica, rispetto alle odierne democrazie costituzionali, di una definizione di democrazia

¹¹ FERRAJOLI 2007a, vol. I, § 2.3, 156; §§ 6.8-6.9, 321-327; §§ 10.1-10.4, 587, 595, 606; §§ 10.10-10.11, 635 e 643. È poi evidente che, come scrive Giorgio Pino allorché afferma che la mia definizione di democrazia è anche «troppo ristretta», che questo nucleo basilare della democrazia politica rappresentato dal suffragio universale richiede anche norme organizzative (per esempio i regolamenti parlamentari) che non hanno «direttamente a che fare con i diritti politici».

¹² FERRAJOLI 2007a, vol. I, § 12.8, 883-885.

solamente formale e sulla necessità di limiti e vincoli all'onnipotenza delle maggioranze quali condizioni dell'effettività e della sopravvivenza delle democrazie. È chiaro che se tali limiti e vincoli fossero solo condizioni di effettività e di sopravvivenza, potremmo anche ometterli nella nozione di democrazia costituzionale, e continuare a sostenere una definizione di democrazia solamente formale, cioè ancorata soltanto al metodo o alla forma di produzione delle decisioni collettive. Ma tali limiti e vincoli sono limiti e vincoli proprio al metodo di formazione delle decisioni, cioè al solo requisito con il quale viene comunemente definita la democrazia (politica), e non possono perciò essere ignorati da una definizione di democrazia dotata di capacità esplicativa. Pino afferma che «nulla in una definizione formale-procedurale di democrazia implica che non siano concepibili limiti sostanziali a ciò che può essere democraticamente deciso» (97): ma allora, poiché tali limiti sostanziali sono non soltanto «concepibili», ma, per l'appunto, concepiti e positivamente stabiliti dalle nostre costituzioni come requisiti necessari del procedimento di formazione delle decisioni, la «definizione formale-procedurale» deve essere integrata dalla dimensione sostanziale quale è stata da me identificata.

2.3. Ridondanza e/o insufficienza dei miei quattro principi dello stato di diritto

Pierluigi Chiassoni ha criticato i quattro postulati del mio modello garantista di costituzionalismo – il principio di legalità, il principio di completezza, il principio di giurisdizionalità e il principio di azionabilità – osservando che essi sono per un verso troppi e per altro verso troppo pochi. Non mi soffermo sulla prima critica (32 s.), che si risolve in una questione terminologica: è chiaro che nel senso forte, di tipo logico o matematico, di «postulati», cioè quali assunzioni

tra loro non derivabili, i miei quattro principi, tra loro variamente connessi, non sono postulati. Lo sono nel senso corrente di assunzioni o principi fondamentali.

Ma in questo secondo senso, per Chiassoni, la lista dei miei quattro postulati è difettosa. Ad essa Chiassoni suggerisce di aggiungerne altri sei: 1) il principio di incomprimibilità dei diritti fondamentali; 2) il principio di non desuetudine; 3) il principio d'interpretazione conservatrice; 4) il principio di cognitività dell'interpretazione; 5) il principio di tassatività delle formulazioni normative; 6) il principio di interpretazione garantista.

Non ho nessuna difficoltà a sottoscrivere questi altri sei principi, che del resto ho avuto più volte occasione di sostenere e di argomentare. I primi tre riguardano la legalità costituzionale e suggeriscono un modello di costituzione dotato di rigidità assoluta e comunque non manipolabile da prassi di fatto incostituzionali o da interpretazioni evolutive. Il quinto principio corrisponde al mio principio di stretta legalità, in forza del quale la legalità non è solo condizionante della validità degli atti ad essa subordinata, ma anche condizionata, nella sua stessa validità e legittimità, al rispetto di regole sulla formazione delle leggi, prima tra tutte la regola semantica che impone la loro formulazione in termini quanto più possibile chiari e precisi. Infine il quarto e il sesto principio riflettono una concezione garantista dell'interpretazione che ho sempre fermamente sostenuto.

Tutti, tuttavia, mi sembrano essi sì ridondanti rispetto al modello teorico-garantista del paradigma costituzionale: o perché sono impliciti nei miei quattro principi o postulati, come il principio di non desuetudine, il principio di d'interpretazione conservatrice e il principio di stretta legalità; o perché designano gradi più ristretti ed esigenti di garantismo, come quello di incomprimibilità (o di rigidità assoluta) dei diritti fondamentali; o perché consistono, più che in principi giuridici, in principi metateorici e metodologici,

come il principio di cognitività dell'interpretazione e il principio di interpretazione garantista.

2.4. *Sulla dimensione sostanziale della nozione di democrazia costituzionale*

Sulla mia nozione sostanziale di democrazia è intervenuta criticamente anche Valentina Pazé, con le cui tesi e posizioni, peraltro, avverto sempre anch'io una consonanza di fondo.

Di fronte alla mia concezione quadridimensionale della democrazia, Valentina ricorda e ripropone le preoccupazioni avanzate da Michelangelo Bovero nelle tante discussioni che su di essa abbiamo avuto fin dalla pubblicazione di *Diritto e ragione*: in particolare «gli insidiosi slittamenti semantici» che possono derivarne nel qualificare, e perciò nel legittimare come “democrazia liberale” un sistema che tuteli i soli diritti di libertà, come “democrazia sociale” un sistema paternalistico che garantisca i soli diritti sociali e, soprattutto, come “democrazia civile” il mercato liberista e perciò sregolato e selvaggio (38 ss.). E propone, in accordo con Bovero, di mantenere la definizione teorica soltanto “formale” di democrazia, anche costituzionale, assumendo che questa sia “formale” non diversamente dal mio concetto di “diritti fondamentali”. Il suo difetto di portata empirica rispetto alle odierne democrazie costituzionali, da me lamentato, non sarebbe infatti diverso da quello della mia definizione di “diritti fondamentali” come diritti universali, parimenti priva, dice Valentina, di portata empirica rispetto per esempio a diritti futili come sarebbe, ove fosse stipulato, il diritto di fumare.

Rispondo che quelle espressioni – democrazia liberale, democrazia sociale e democrazia civile – sono in realtà formule ellittiche, dato che, a rigore, occorre parlare di «dimensioni» liberale, sociale e civile, oltre che politica, della democrazia costituzionale, in quanto basate su

altrettante classi di diritti fondamentali; che inoltre, come ho già detto nel punto 2.1, ho qualificato come «democratica» e precisamente come «civile» la dimensione assicurata alla democrazia costituzionale dai diritti di autonomia privata non solo perché quei diritti sono una dimensione essenziale dell'autogoverno nella sfera privata che deve essere garantita contro invadenze autoritarie, ma anche perché riconoscere il loro carattere di diritti-potere contro la loro consueta concezione come diritti di libertà è una condizione necessaria per sottoporli ai limiti e ai vincoli richiesti dalla logica dello stato di diritto e perciò per contrastare come illegittimo l'attuale mercato sregolato e selvaggio imposto dalle culture e dalle politiche liberiste; che peraltro la dimensione politica, diversamente dalle altre dimensioni, è da me riconosciuta, come Valentina ha ricordato, quale *condicio sine qua non* della democrazia, nel senso che sul piano teorico per un verso può ben darsi una democrazia politica illiberale e/o anti-sociale e/o anti-civile e, per altro verso, possono darsi sistemi politici liberali, socialisti e capitalisti non democratici; che infine il difetto di capacità esplicativa e di portata empirica di una definizione solamente formale di democrazia nei confronti delle odierne democrazie costituzionali non è paragonabile al supposto difetto di capacità esplicativa della mia nozione di diritti fondamentali rispetto ai diritti futili eventualmente stabiliti: mentre infatti la definizione puramente formale di democrazia è contraddetta e smentita dai limiti e dai vincoli costituzionali di contenuto imposti al metodo di produzione delle decisioni politiche, la mia definizione formale di diritti fondamentali non è affatto smentita dall'ipotetica (e irrealistica) previsione come diritti di diritti futili come il diritto di fumare e neppure dall'effettiva previsione nella costituzione degli Stati Uniti del diritto di portare armi: diritti che sul piano giuridico vanno riconosciuti gli uni e l'altro come fondamentali, pur se come tali criticabili dal punto di vista esterno, cioè politico o morale.

Queste osservazioni di Valentina mi inducono peraltro a sottolineare una questione di fondo sulla quale ho più volte insistito: il duplice significato, teorico e meta-teorico, del predicato “formale”¹³. Nel senso teorico associato da Bobbio alla democrazia, “formale” si riferisce alle forme di produzione delle decisioni politiche, cioè al “chi” e al “come” delle decisioni determinati dalle norme formali, di competenza e di procedura, sulla produzione giuridica. Nel senso meta-teorico da me associato a “diritti fondamentali”, come del resto a qualunque altro concetto della teoria – come “democrazia”, “norma”, “validità”, “obbligo”, “divieto”, “facoltà”, “soggetto giuridico”, “atto giuridico”, “atto illecito” e simili – “formale” designa invece il riferimento dei concetti dei quali è predicato unicamente alla loro forma o struttura logica e non ai loro contenuti. Nel primo senso è un predicato dell’entità di cui si parla; nel secondo lo è del concetto teorico impiegato e, più in generale, del discorso teorico. Con riguardo alla nozione di democrazia la confusione tra i due significati di “formale” – quale predicato teorico e quale predicato meta-teorico – è favorita dal fatto che nell’espressione “democrazia formale”, come del resto in quella di “validità formale”, con “formale” ci si riferisce alle sole forme (di produzione) e non anche ai contenuti (delle norme prodotte). “Formale”, in tali espressioni, può perciò intendersi sia in senso meta-teorico che in senso teorico. Ma i due significati si riferiscono a concetti appartenenti a livelli di discorso diversi, l’uno teorico e l’altro meta-teorico. In senso meta-teorico, tutti i concetti della teoria sono concetti formali, nel senso kelseniano e bobbiano in cui diciamo che la teoria del diritto è “pura” o “formale” – e per questo, aggiungo, formalizzabile – in quanto essa non ci

¹³ Si vedano, in FERRAJOLI 2013 la nota 26 del cap. I, 23, e la nota 35 del cap. II, 82-83.

dice, né deve dirci, quali sono (o è giusto che siano) i contenuti di un dato ordinamento: non ci dice né deve dirci quali siano gli obblighi e i divieti in esso stabiliti, quali i soggetti giuridici abilitati a produrli, quale le loro condizioni di validità, quali i diritti fondamentali e simili, ma solo che cosa è (ossia quale è il significato) di obbligo, o di divieto, o di soggetto giuridico, o di validità o di diritti fondamentali. Prova ne sia che in questo secondo senso anche la nozione teorica espressa dal termine “sostanziale” – nelle espressioni “validità sostanziale”, “invalidità sostanziale”, “norme sostanziali”, “democrazia sostanziale” e simili – è una nozione formale come tutte le altre, pur se riferita (non già alle forme, come “validità formale”, “invalidità formale”, “norme formali”, “atti formali” o “democrazia formale”, bensì) ai significati, quali che siano, delle norme sulla produzione giuridica. Riguardano la dimensione sostanziale della validità e del sistema politico, per esempio, anche la norma illiberale della costituzione ungherese sulla religione di stato o quella sul diritto di portare armi della costituzione degli Stati Uniti.

2.5. Sulla democrazia rappresentativa e parlamentare

Trovo invece in buona parte convincenti le critiche rivolte da Valentina Pazé alle mie tesi sulle fallacie ideologiche in tema di teoria della dimensione politica o rappresentativa della democrazia.

Sono nella sostanza convincenti, in primo luogo, le osservazioni svolte da Valentina nel par. 2 del suo intervento su un qualche nesso che pur dobbiamo riconoscere tra «governo *del* popolo» e «governo *per il* popolo». È ovvio che la volontà del popolo non è necessariamente né buona né giusta, come la storia purtroppo ci ha tragicamente insegnato. E tuttavia, aggiunge giustamente Valentina, dobbiamo pur ammettere che il governo dei più, che sono anche i più poveri, sarà sempre interessato a politiche di distribuzione e di garanzia

dei diritti di tutti ben più di un governo dei pochi, che sono anche i più ricchi. Il nesso, dice giustamente Valentina, non è di tipo logico ma di tipo probabilistico (45), consistendo nel fatto che la maggioranza dei voti (dei più poveri), dovrebbe essere a sostegno della garanzia dei diritti di tutti ben più della minoranza dei voti (dei più ricchi). Purtroppo non sempre è così, come risulta dal fatto che le odierne politiche liberiste sono votate da governi di destra o comunque da governi che fanno politiche di destra, sorretti da maggioranze parlamentari del tutto prive di alternative. E tuttavia, come dice Pazé, non può negarsi il nesso tra democrazia rappresentativa e buon governo nell'interesse di tutti, e quindi dei più, ove la rappresentanza politica sia accompagnata dalle ulteriori condizioni delle garanzie di tutti i diritti fondamentali e dalle separazioni che dovrebbero essere istituite non solo tra i pubblici poteri ma anche tra poteri politici e poteri economici. Io stesso del resto, nel capitolo IV del libro che stiamo discutendo, ho sottolineato il fatto, messo giustamente in evidenza da Pazé con la sua difesa della centralità del parlamento rispetto alle odierne derive presidenzialistiche, che l'onnipotenza della politica nei confronti della società e dei diritti, cioè degli interessi dei molti, perseguita mediante i suoi processi di personalizzazione e verticalizzazione, è funzionale alla sua impotenza e subalternità rispetto ai mercati, cioè agli interessi dei pochi. Ma allora è precisamente questo il punto: il solo suffragio universale non basta a garantire la qualità del governo se non è accompagnato dalla dimensione sostanziale della democrazia e da un più complesso sistema di garanzie della sua stessa dimensione formale, come il sistema elettorale proporzionale, un più complesso sistema di incompatibilità e di separazioni dei poteri e una effettiva democratizzazione della vita interna dei partiti.

Ma anche la seconda fallacia ideologica da me criticata, l'idea della democrazia rappresentativa come autogoverno,

incontra i limiti segnalati da Pazé. Con la mia critica ho voluto da un lato esprimere la mia adesione alla tesi kelseniana secondo la quale non possiamo confondere la volontà dei governanti con la volontà dei governati senza accordare alla prima un indebito *surplus* di legittimazione: con il voto, fatta eccezione per i *referendum*, noi non prendiamo le decisioni di governo ma ci limitiamo a decidere – leggi elettorali permettendolo – coloro che sono chiamati a decidere. Dall'altro ho con essa voluto criticare la tesi kelseniana, a mio parere in contrasto con quella appena ricordata, che il fondamento della democrazia consiste nell'autogoverno, e che un sistema politico è tanto più democratico quanto maggiore è il consenso popolare alle sue decisioni: le decisioni governative, ho invece sostenuto, restano pur sempre etero-nome, e la nozione quantitativa di democrazia cui allude Kelsen comporterebbe il paradosso, che Kelsen per primo respingerebbe, che la massima democrazia si avrebbe con l'unanimità dei consensi per di più nelle forme della democrazia diretta. Detto questo, è chiaro, come dice Pazé, che il tratto distintivo della democrazia politica rispetto all'autocrazia – della legittimazione delle decisioni sia pure ingiuste prese in un sistema democratico, rispetto alle decisioni sia pure giuste prese in un sistema autocratico – risiede appunto nel fatto che in democrazia, diversamente che nell'autocrazia, siamo «tenuti a obbedire a norme che sono il frutto di un processo decisionale a cui tutti hanno avuto la possibilità di partecipare in posizioni di uguaglianza» (47 s.) sia pure nelle forme indirette della rappresentanza. D'accordo. Meno convincente è però la conclusione di Valentina secondo cui «il principio dell'autodeterminazione popolare» non è diverso, quale fondamento della democrazia politica, da quello da me sostenuto dell'«uguaglianza dei cittadini nei diritti politici» (49). È proprio l'espressione «autodeterminazione popolare» che mi sembra, comunque, una nozione soltanto metaforica.

Neppure mi sembrano convincenti, nel senso che non valgono a mettere in questione le mie tesi, le osservazioni di Pazé, pur sostanzialmente condivisibili, sulla questione della separazione dei poteri. Valentina, mentre condivide la mia inclusione tra le funzioni e le istituzioni di garanzia, in aggiunta a quelle giurisdizionali, delle funzioni e delle istituzioni di garanzia primaria come la scuola e la sanità pubblica, sottolinea la «differenza, che oggi si tende a sminuire», tra governo e parlamento: solo il parlamento, afferma, rappresenta tutti i cittadini, mentre il governo rappresenta solo la maggioranza (50). È vero. Ma la maggioranza rappresentata dal governo è quella che si forma in parlamento. Mi sembra che la sostanza della critica di Pazé consista, in breve, nella sua opzione per la democrazia parlamentare e per un sistema elettorale di tipo proporzionale quali condizioni per restituire centralità e ruolo di indirizzo politico a un parlamento realmente rappresentativo: opzioni che anch'io condivido interamente.

Non intendo con ciò negare la rilevanza della distinzione tra funzioni parlamentari e funzioni esecutive di governo. Del resto anche le funzioni di garanzia sono state da me distinte in funzioni (amministrative) di garanzia primaria e funzioni (giurisdizionali) di garanzia secondaria. Ciò che però giustifica l'associazione in un unico genere delle funzioni parlamentari e di quelle governative in senso stretto sono due elementi: il primo è la medesima fonte di legittimazione, che è la volontà o il consenso popolare, in opposizione alla fonte di legittimazione anti-maggioritaria delle funzioni di garanzia, legittimate invece dall'applicazione della legge e dalla garanzia dei diritti di tutti; il secondo è la condivisione, soprattutto nelle democrazie parlamentari (rapporto di fiducia, iniziativa e potestà governative in tema di legislazione, potere del governo di sciogliere le Camere), anziché la separazione tra poteri del parlamento e poteri dell'esecutivo, in opposizione alla separazione che deve

invece essere garantita a tutte le funzioni di garanzia rispetto a tutte le funzioni di governo.

2.6. *Sulla fondazione e sulla costruzione politica dello stato di diritto e della democrazia*

Condivido gran parte del denso contributo di Geminello Preterossi. Preterossi insiste giustamente su quello che è un elemento centrale del suo pensiero: il primato della politica, e soprattutto di una politica dal basso (quello che io chiamo il «punto di vista esterno»), sia nella fondazione che nella costruzione dell'artificio giuridico e istituzionale nel quale consiste la democrazia. Questo primato si manifesta, egli afferma, in entrambe le questioni da lui affrontate: la questione della sovranità e il ruolo delle soggettività politiche di base nella costruzione e nella difesa della democrazia.

Sulla prima questione sono largamente d'accordo con quanto afferma Preterossi: la sfera dell'indecidibile disegnata dal patto costituente è il frutto di una «decisione originaria». Questa scelta, a sua volta, in tanto è in grado di fondare l'artificio istituzionale in quanto sia dotata di effettività. È quanto anch'io ho sostenuto nei miei *Principia iuris* con il teorema T12.16, secondo il quale il potere costituente è tale solo se è effettivo, cioè effettivamente esercitato da un atto o un'attività costituente di una costituzione effettivamente vincolante. L'edificio della democrazia costituzionale si fonda quindi su un fatto, o meglio su un atto o un'attività: quella che veniva chiamata, dalla vecchia dottrina costituzionalistica, l'instaurazione dell'ordinamento.

Ma l'effettività del potere costituente e, di riflesso, della costituzione non ha nulla a che vedere con la loro regolarità o legittimità giuridica: non ha a che vedere con la validità giuridica dell'atto costituente (e conseguentemente delle norme costituzionali), essendo l'atto costituente un atto originario, né valido né invalido difettando norme ad esso

sopraordinate (T12.41); né tanto meno ha a che vedere, per la medesima ragione, con la legittimità del potere costituente, che a sua volta è un potere originario e sregolato e perciò né legittimo né illegittimo (T12.11)¹⁴. Sia del potere costituente che dell'atto costituente e della costituzione da esso prodotta può solo parlarsi di legittimità politica, con riferimento da un lato al grado di consenso e, dall'altro, ai valori politici da esso positivizzati. Sono perciò d'accordo con Preterossi allorché scrive che la «legittimità della costituzione» è «esclusivamente politica in senso decisionista» (114). Ma tale legittimità, aggiungo, anzi la legittimità delle singole norme costituzionali, non solo può predicarsi sulla base di un punto di vista non giuridico ma soltanto etico-politico ed esterno all'ordinamento; essa non può neppure essere ricondotta a un fondamento etico-politico oggettivo, dato che equivale al punto di vista esterno dal quale è predicabile e che è diverso a seconda delle culture politiche e delle opzioni morali di ciascuno.

Diversamente, mi pare, da Preterossi, d'altro canto, non riesco a concepire la sovranità se non identificandola con il potere costituente: un potere sempre in atto nei sistemi autocratici o peggio totalitari, nei quali esso permane, non essendosi subordinato a una costituzione; un potere che invece si esaurisce, nelle democrazie costituzionali, con l'atto costituente¹⁵, il quale disegna appunto la sfera del non decidibile, sottoponendo qualunque potere costituito al diritto e precisamente ai diritti fondamentali in capo a tutti e a ciascuno nella cui somma può ben identificarsi la cosiddetta sovranità popolare. Ovviamente il Creonte costituente ben potrebbe essere non democratico e dar vita a costituzioni

¹⁴ Si vedano in FERRAJOLI 2007a, vol. I, i teoremi T12.11 e T12.16, § 12.3, 856-857, e il teorema T12.41, § 12.2, 852.

¹⁵ FERRAJOLI 2007a, vol. I, § 12.2, 852.

antidemocratiche. Preterossi mi domanda: «Cosa è davvero rilevante, nella decisione costituzionale che pone una costituzione rigida: il dato formale della rigidità e della previsione di una sorta di superlegge, o il fatto che siano stati positivizzati quale nucleo indisponibile quei contenuti – liberaldemocratici e sociali – che sono il frutto di un compromesso tra precise tradizioni storico-culturali e di lotte condotte da soggetti determinati?» (117-118). Entrambe le cose, rispondo, essendo la rigidità nient'altro che la normatività dei principi rigidamente costituzionalizzati; sempre che questi, ovviamente siano da noi condivisi.

Quanto alla seconda questione sollevata da Preterossi, quella del rapporto tra Stato e nazione, tra politica dall'alto e politica dal basso, tra istituzioni e società, sono solo in parte d'accordo. Condivido la tesi che è dalla formazione di soggettività politiche di base che dipende, attraverso la loro azione e mobilitazione, la costruzione e la difesa della democrazia. Non sono invece d'accordo con l'idea, che mi sembra sottintesa dalla difesa operata da Preterossi della sovranità statale, che questo tipo di soggettività sia possibile soltanto entro i confini degli Stati nazionali, mentre non sia possibile a livello globale.

In primo luogo non penso che esista, alla base della sovranità statale e delle nostre democrazie nazionali, un qualche «vincolo collettivo» di tipo empirico o una qualche «omogeneità sufficiente» di tipo sociale e/o culturale in grado di assicurare «l'istituzionalizzazione stabile» dello Stato nazione (120). Su questa questione condivido interamente la critica rivolta da Kelsen alle svariate teorie sociologiche dello Stato che propongono, a fianco del concetto puramente giuridico, un concetto di Stato basato su raffigurazioni empiriche di tipo ontologico o psicologico: dello Stato quale «gruppo sociale» generato da «legami sociali», o come «interazione psichica» tra cittadini, o come «realtà sociale», o «comunità organica», o «volontà collettiva», o «Nazione» o «unità

popolare»¹⁶; figure tutte che Kelsen giudica, oltre che infondate sul piano empirico, anche mistificanti perché, ipostatizzando tra i governati dal medesimo Stato un qualche «legame psichico», o «unità» o «concordanza di volere, sentire o pensare», o «comunità di sentimento» o «di coscienza», finiscono per sostituire una sorta di «coscienza di stato» alla «coscienza di classe» e, più in generale, al pluralismo degli interessi e delle opinioni politiche¹⁷.

In secondo luogo non condivido l'idea che a livello sovranazionale non siano invece possibili soggettività politiche di tipo trans-nazionale. Né condivido la tesi della cosiddetta fallacia dell'analogia domestica, in forza della quale sarebbe irrealistica l'idea stessa di un costituzionalismo globale che riproduca i principi e le strutture delle odierne democrazie costituzionali statali, difettando il presupposto dell'esistenza di un *demos* mondiale e di una società civile planetaria. Come ho sostenuto altre volte, a mio parere questa tesi va ribaltata: è la pretesa di una perfetta analogia dell'ordinamento internazionale agli ordinamenti statali che è alla base della fallacia domestica, secondo la quale non esisterebbe altro tipo di istituzione politica oltre lo Stato nazionale, suscettibile di essere sottoposta a limiti e a vincoli costituzionali; laddove il paradigma teorico del costituzionalismo democratico e garantista è un paradigma teorico formale, applicabile a qualunque ordinamento multilivello purché caratterizzato dai limiti e dai vincoli giuridici imposti dalle norme di livello superiore a tutti i tipi

¹⁶ Sono questi i principali bersagli polemici della critica di Kelsen al concetto empirico o ontologico di Stato, in KELSEN 1920.

¹⁷ KELSEN 1922, 385-437, dove Kelsen critica come mistificanti tutte le «teorie sociologiche dell'interazione psichica» dirette a identificare una base empirica e oggettiva di tipo organico e unitario della nozione extra-giuridica di Stato.

di potere di livello inferiore, a garanzia di ciò che nel patto costituente è stipulato come fondamentale. Sul piano teorico, semmai, le ragioni assiologiche di un costituzionalismo globale sono ancor più pertinenti e più urgenti di quelli dello stesso costituzionalismo statale, a causa delle catastrofi globali – di tipo ecologico, nucleare, economico e umanitario – che si prospettano in assenza di una sfera pubblica globale. Un simile costituzionalismo, d'altro canto, ben più che lo sviluppo di funzioni e di istituzioni globali di governo, richiederebbe la costruzione e lo sviluppo di funzioni e di istituzioni globali di garanzia, idonee da un lato a tutelare e a valorizzare, per il tramite dei diritti di libertà, tutte le differenze personali di identità culturale o politica o religiosa e, dall'altro, a ridurre, per il tramite dei diritti sociali, le odierne disuguaglianze economiche e sociali. E non c'è ragione di pensare che in un mondo sempre più integrato sul piano delle comunicazioni e al tempo stesso sempre più diviso tra una minoranza di ricchi e una stragrande maggioranza di poveri (si ricordi lo slogan «siamo il 99%»), non si vengano a formare nuove soggettività politiche dei tanti soggetti più deboli, accomunati dai medesimi interessi vitali, sempre più chiaramente identificabili come interessi pubblici di tutti alla stessa sopravvivenza dell'umanità.

3. *Questioni di epistemologia giuridica*

Sulla *vexata quaestio* dello statuto della teoria del diritto è intervenuto infine Pierluigi Chiassoni. A proposito dei tre modelli teorici del costituzionalismo da me distinti nella prima parte di *La democrazia attraverso i diritti* – il modello paleo-positivista, quello post-positivista o principialista e quello garantista – Chiassoni sostiene che «il modello del costituzionalismo paleo-positivista ha la pretesa di essere un modello puramente descrittivo, che darebbe conto di

che cosa e come è veramente lo stato costituzionale di diritto, da un punto di vista strutturale, in modo assiologicamente adiaforo» (28); e critica perciò la mia «distinzione [...] tra il costituzionalismo garantista come modello teorico e il costituzionalismo garantista come progetto politico» (28) espressa dal sottotitolo del libro e dalle sue due partizioni perché essa «non è affatto una distinzione tra discorsi eterogenei: l'uno "descrittivo" e assiologicamente adiaforo, l'altro "valutativo-prescrittivo" e assiologicamente compromesso. Si tratta infatti, in entrambi i casi, di discorsi di "politica del diritto" (à la Kelsen)» (29). Sicché anche il mio modello teorico, scrive Chiassoni, è «un modello interpretativo, assiologicamente e ideologicamente compromesso»: compromesso dall'«ideale positivistic della separazione tra diritto e morale» e da quello «dello stato di diritto e della democrazia, il quale esige che ogni potere, incluso quello politico e legislativo, sia *sub lege*» (29).

Potrei limitarmi a replicare che la seconda parte del mio libro, dedicata al costituzionalismo garantista come progetto politico, è strettamente legata alla crisi odierna della democrazia, in atto nel nostro come in altri paesi occidentali, e contiene svariate proposte o progetti politici di rafforzamento delle garanzie dei diritti idonei a superarla o quanto meno a ridurne la portata; che i due principi dai quali il mio modello teorico sarebbe compromesso equivalgono l'uno – la separazione tra diritto e morale – a un corollario del principio di positività su cui si reggono i nostri ordinamenti e che ha avuto proprio in Kelsen il suo più illustre e fermo difensore, e l'altro a un tratto strutturale e formale dello stato costituzionale di diritto oggetto della teoria, quali che siano i contenuti normativi della costituzione e delle leggi cui sono subordinati tutti i poteri; che infine, di tutti e tre i modelli da me illustrati, quello paleo-positivistic è forse quello meno descrittivo, dato che non dà conto dei mutamenti strutturali – ne ho indicati ben nove nei §§ 2.5-2.9 del

libro che stiamo discutendo: tre relativi al diritto, tre alla democrazia, tre alla scienza giuridica – introdotti dal paradigma costituzionale; di più, di questi mutamenti di struttura il modello paleo-positivista non solo non dà conto, ma non può dar conto senza contraddire se stesso, cioè senza ammettere la virtuale presenza del diritto illegittimo e perciò il ruolo critico e non contemplativo della scienza giuridica.

Ma la tesi di Chiassoni sul carattere «descrittivo e assiologicamente adiaforo» della teoria quale requisito del suo carattere scientifico – una tesi sostenuta con forza da gran parte della scuola genovese di filosofia del diritto¹⁸ – esprime, a mio parere, l'ideologia forse più insidiosa che può condizionare il nostro lavoro scientifico. Nessun teorico della scienza sosterebbe oggi il carattere puramente

¹⁸ Cfr., per esempio, GUASTINI 2011, parte sesta, cap. V, 439, secondo cui «la scienza (i.e. la conoscenza) del diritto propriamente intesa» è «un discorso sul diritto puramente descrittivo (conoscitivo), a-valutativo, assiologicamente neutro, come si conviene ad ogni discorso scientifico», e più oltre (442): «La scienza giuridica, propriamente intesa, è dunque descrizione a-valutativa del diritto: del diritto *così come è*» (corsivo mio). In nota, 439, questa tesi viene dichiarata «scontata nella epistemologia moderna» sulla base, per quanto riguarda la scienza giuridica, degli scritti di Bentham, Austin e Kelsen; non un riferimento, a sostegno di questa «scontata» epistemologia, alla teoria della scienza contemporanea qui richiamata nella nota che segue. Ho rilevato l'inconsistenza logica e il collasso delle capacità esplicative di qualunque teoria del diritto che si pretenda puramente descrittiva della virtuale divaricazione deontica generata, sotto forma di antinomie e di lacune, dai dislivelli normativi negli odierni ordinamenti costituzionali, in FERRAJOLI 2001, II, § 6, 159-171, in risposta all'intervento di GUASTINI 2001, 43-48. Si veda anche la discussione sulla questione in COMANDUCCI, GUASTINI (eds.) 2004, con scritti miei, di Paolo Comanducci, di Mario Jori e di Riccardo Guastini.

descrittivo delle scienze, non solo di quelle sociali ma perfino di quelle naturali¹⁹. Meno che mai una simile tesi può essere sostenuta a proposito dei modelli teorici costruiti nelle scienze sociali, siano essi di tipo giuridico, o politico o economico. Possiamo certamente sostenere il principio della massima «avalutatività esterna» nella costruzione delle nostre teorie ed anche nello sviluppo delle discipline giuridiche positive. Ma non possiamo negare il ruolo performativo del diritto inevitabilmente svolto, da sempre, dalla scienza giuridica, e connesso al fatto che il diritto positivo è un fenomeno artificiale e insieme un universo linguistico, che è prodotto dagli uomini e da essi quotidianamente praticato nella comunicazione giuridica; sicché esso è come gli uomini lo costruiscono, ma prima ancora lo pensano e poi lo modellano con le loro interpretazioni ma anche con le loro concezioni e con le loro teorie. Né tanto meno possiamo ignorare, se prendiamo sul serio il paradigma costituzionale e la sua normatività, che l'«avalutatività interna» è oggi preclusa dalla struttura a gradi degli odierni ordinamenti costituzionali, e perciò dalla virtuale divaricazione deontica tra il dover essere costituzionale e l'essere (o il non essere) legislativo del diritto vigente. Ma allora, disconoscere questa inevitabile dimensione pragmatica della scienza giuridica, sulla base di una metascienza prescrittiva di stampo kelseniano che ad essa prescriva soltanto di descrivere il diritto positivo, equivale a un'ideologia di

¹⁹ Mi limito a ricordare, sulle scelte inevitabili, contingenti e talora arbitrarie, nonché sulle convenzioni e sulle decisioni che intervengono in qualunque discorso scientifico, POPPER 1934, 19-20, 32-40, 98-107, 474 e *passim*; BRAITHWAITE 1953, cap. IV, 105-108; NAGEL 1961, capp. XIII e XIV, 458-562, dedicati alle scienze sociali; KUHN 1962. Ma si ricordino, sull'inadeguatezza della concezione puramente descrittiva e avalutativa della scienza giuridica, gli studi di VILLA 1984; 1993; 1999.

autolegittimazione delle tesi sostenute in sede scientifica appunto come «descrittive e assiologicamente adiafore», nonché di autoimmunizzazione di tali tesi dalle critiche, oltre che di deresponsabilizzazione del lavoro del giurista.

Riferimenti bibliografici

- BRAITHWAITE R.B. 1953. *La spiegazione scientifica. Uno studio sulla funzione della teoria, della probabilità e delle leggi della scienza*, Milano, Feltrinelli, 1966. Tr. a cura di G. Jesurum.
- COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.) 2004. *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 317-416.
- FERRAJOLI L. 2001. *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in ID. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 121-175.
- FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007b. *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, in «Teoria politica», 1, 2007, 11-26.
- FERRAJOLI L. 2011a. *Intorno a Principia iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, 235-292.
- FERRAJOLI L. 2011b. *Dodici questioni intorno a Principia iuris*, in ANASTASIA S. (ed), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 173-213.
- GUASTINI R. 2001. *Tre problemi di definizione*, in FERRAJOLI L. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 43-48.
- GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- KELSEN H. 1920. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, Napoli, Esi, 1997. Tr. a cura di A. Carrino.
- KELSEN H. 1922. *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*,

- in ID., *La democrazia*, a cura di G. Gavazzi, Bologna, il Mulino, 1981, 385-437.
- KUHN T.S. 1962. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, Torino, Einaudi, 1978. Tr. di A. Carugo.
- MASTROMARTINO F. 2011. *Il costituzionalismo garantista di Luigi Ferrajoli tra teoria giuridica e politica del diritto*, in ANASTASIA S. (ed), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 131-147.
- NAGEL E. 1961. *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica*, Milano, Feltrinelli, 1961. Tr. di C. Sborgi e A. Monti.
- POPPER K.R. 1934. *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, Einaudi, 1970. Tr. di M. Trinchero.
- PRIETO SANCHÍS L. 2008. *Principia iuris: una teoria del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in «Doxa», 31, 2008, 325-353.
- PRIETO SANCHÍS L. 2011. *La teoria del diritto nei Principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia, Diritto, 181-198.
- VILLA V. 1984. *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè.
- VILLA V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli.