

MICHELANGELO BOVERO

Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo

Weak Rights, Fragile Democracies. On the Spirit of Our Times

ABSTRACT

Riprendendo le tesi di Norberto Bobbio, l'autore caratterizza il nostro tempo come l'età dei diritti e della democrazia. L'articolo è dedicato interamente ad analizzare i profili essenziali del rapporto tra i diritti fondamentali e il regime democratico. A partire da una ridefinizione delle due nozioni, si mostra che non vi è contraddizione nel concepire i diritti fondamentali come diritti "contro la democrazia", ossia sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche, e insieme la democrazia come regime fondato su determinati diritti fondamentali, e per questo protetto contro se stesso. In conclusione vengono considerate le cause attuali della debolezza dei diritti e della fragilità della democrazia.

Assuming Norberto Bobbio's thesis, the author characterizes our time as the age of rights and of democracy. The article is entirely devoted to analyzing the essential aspects of the relationship between fundamental rights and the democratic regime. On the basis of a re-definition of the two notions, the author shows that there is no contradiction in conceiving fundamental rights as rights "against democracy", which are subtracted from the will of political majorities and, at the same time, conceiving democracy as a regime based on certain fundamental rights and, thus, actually protected against itself. Finally, the causes of the current weaknesses of rights and of the fragility of democracy are explored.

KEYWORDS

Diritti, democrazia, costituzione, neo-liberalismo, spirito del tempo

Rights, democracy, constitution, neo-liberalism, the spirit of time

MICHELANGELO BOVERO*

*Diritti deboli, democrazie fragili.
Sullo spirito del nostro tempo*

1. *L'età dei diritti e della democrazia.* – 2. *I diritti fondamentali, contro il mercato e contro lo Stato. Contro la democrazia?* – 3. *La democrazia, regime fondato su diritti fondamentali* – 4. *Lo spirito del tempo. Dal crepuscolo all'alba*

1. *L'età dei diritti e della democrazia.*

Norberto Bobbio ha intitolato un suo libro famoso, uscito nel 1990, *L'età dei diritti*¹. Considerata nella sua massima estensione temporale, l'età dei diritti coincide con l'età moderna: i diritti per antonomasia, quelli che vengono comunemente chiamati diritti umani – in un'accezione spesso retorica ed equivoca – o in modo più pertinente diritti fondamentali, nascono con l'età moderna, prima nella forma di aspirazioni morali e rivendicazioni politiche avanzate dai filosofi del giusrazionalismo a partire dalla metà del XVII secolo, poi nella forma di norme giuridiche positive stipulate in celebri dichiarazioni e via via accolte nelle costituzioni di molti stati a partire dalle rivoluzioni americana e francese, alla fine del XVIII secolo. Bobbio invitava a riconoscere lo sviluppo decisivo di questo processo storico, la sua maturità, anche se non il suo compimento, nella Dichiarazione universale del 1948. I diritti fondamentali sono, in questa prospettiva, gli aspetti essenziali dell'affermazione progressiva, sempre difficile, contrastata e precaria, della concezione individualistica della società e dello stato: prima viene l'individuo, che ha valore di per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa; lo stato è fatto per l'individuo, e non l'individuo per lo stato; lo scopo di ogni associazione politica, come recita la Dichiarazione francese dell'Ottantanove, è «la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo». Questo è, secondo Bobbio, lo spirito del nostro tempo. La nostra età, l'età moderna, è l'età dei diritti.

Ma non soltanto. In un altro libro famoso, *Il futuro della democrazia*, precisamente nell'Introduzione alla seconda edizione, che è del 1991, Bobbio scriveva:

«Pur non facendo alcuna scommessa sul futuro, è innegabile che [...] le democrazie esistenti non solo sono sopravvissute ma nuove democrazie sono comparse o ricomparse là dove non erano mai esistite o erano state eliminate da dittature politiche o militari. Lo storico francese Elie Halévy scrisse dopo la prima guerra mondiale un libro intitolato *L'ère des tyrannies*. Non penso di essere troppo temerario se dico che il nostro tempo potrebbe essere chiamato *L'ère des démocraties*»².

* Professore ordinario di filosofia politica, Università degli studi di Torino. Email: michelangelo.bovero@unito.it.

¹ BOBBIO 1990.

² Come è noto, la prima ed. de *Il futuro della democrazia* è del 1984; l'Introduzione compare nella seconda ed., ed è datata luglio 1991. Qui la cito dalla terza ed., Einaudi, Torino 1995, p. XIII.

Dunque, coniugando queste ultime affermazioni di Bobbio con le tesi da lui sostenute nell'altro libro, pressoché negli stessi anni, se ne ricava l'idea che il nostro tempo – per lo meno l'ultimo periodo dell'età moderna, quello che è stato inaugurato dalla Dichiarazione universale del 1948 e che ha poi conosciuto due o tre “ondate” successive di espansione del regime democratico nel mondo – potrebbe essere caratterizzato come l'età dei diritti e *insieme* della democrazia.

Quest'idea, considerata a distanza di venticinque anni dalle formulazioni di Bobbio, alla luce di quel che è successo nel mondo in questo quarto di secolo e delle interpretazioni che ne hanno dato la cultura politica e giuridica, suscita molti interrogativi dubbiosi. Anzitutto: diritti e democrazia formano una coppia coerente ed armoniosa? Oppure gli elementi della coppia non possono che entrare in tensione per loro propria natura, generando contrasti inevitabili tra i sostenitori del primato dei diritti e dei loro guardiani, le corti costituzionali, e gli assertori della superiorità del principio democratico e dei soggetti da esso legittimati, le maggioranze politiche? E soprattutto: il nostro tempo, quello che stiamo vivendo ora, è ancora riconoscibile come l'età dei diritti e della democrazia, al di là dei loro contrasti? Oppure quest'età è al tramonto? A molti, e per molti aspetti, il nostro tempo appare come un tempo crepuscolare, di congedo dalla modernità, di scolorimento ed estenuazione dei suoi caratteri identificanti: di indebolimento dei diritti e di fragilità e danneggiamento della democrazia.

2. *I diritti fondamentali, contro il mercato e contro lo Stato. Contro la democrazia?*

Per costruire i tratti essenziali di una plausibile teoria dei rapporti tra diritti e democrazia è indispensabile ripartire, ancora una volta, dalle definizioni delle nozioni di base. Lo farò in modo stringato e semplificato.

I diritti per antonomasia, quelli che contraddistinguono l'età dei diritti, sono opportunamente qualificati come diritti fondamentali. Con l'espressione “diritti fondamentali” si indica una classe particolare dell'universo dei diritti soggettivi. Della nozione controversa di “diritto soggettivo” accolgo le definizioni proposte da Riccardo Guastini e da Luigi Ferrajoli, considerandole sostanzialmente equivalenti tra loro: un diritto soggettivo è (da intendersi come): (a) una pretesa (*claim*) o una aspettativa, (b) conferita da una norma ad un soggetto, (c) sul comportamento di un altro soggetto³. Ovvero, più precisamente, un diritto soggettivo consiste in una pretesa fondata o una aspettativa giustificata: una pretesa infondata o una aspettativa ingiustificata non è un diritto. E s'intende che ciò che fonda una pretesa o giustifica un'aspettativa non può che essere una norma vigente e/o (assunta come) valida di un sistema (o di un codice) normativo, giuridico oppure morale. Se il sistema è giuridico, dalle sue norme attributive conseguiranno diritti in senso giuridico: *legal rights*; se il sistema è morale, conseguiranno diritti morali: *moral rights*.

Ogni norma attributiva è anche, *eo ipso*, per necessità logica, imperativa: nel conferire un diritto ad un soggetto, impone un obbligo, un dovere, ad un altro soggetto: il dovere di assicurare la soddisfazione della pretesa o aspettativa in cui consiste il diritto del primo soggetto; e si tratta di un dovere giuridico se la norma appartiene ad un sistema giuridico, di un dovere morale se la norma appartiene ad un sistema morale. Ma non sempre, posta una norma attributiva di un diritto, è immediatamente evidente quale sia il soggetto che ha l'obbligo di soddisfare quel diritto e quale sia il comportamento

³ Cfr. GUASTINI 1994, 148: «in tutte le sue occorrenze, il termine “diritto” – usato [...] in senso soggettivo – può essere sostituito senza perdita di significato con l'espressione “pretesa giustificata”. [...] Dunque la nozione di “diritto” (in senso soggettivo) risulta, per così dire, dalla combinazione di un elemento “soggettivo”, una pretesa, e di un elemento “oggettivo”, una norma». Secondo FERRAJOLI (2007, 639), l'elemento che accomuna tutte le categorie dei diritti soggettivi è «il loro carattere di aspettative. [...] Riconoscere e garantire a taluno un diritto vuol dire, in tutti i casi, assicurarne la tutela [...] attraverso il divieto o l'obbligo di un comportamento altrui».

che tale soggetto deve tenere per soddisfarlo: senza una norma esplicita che stabilisca e regoli il dovere corrispondente al diritto, un diritto soggettivo rischia di rimanere una pretesa o un'aspettativa vana. *Prima facie*, sembra dunque che un diritto soggettivo sia pienamente un diritto, uno *ius perfectum*, solo se all'aspettativa si accompagna una norma di garanzia che ne assicuri la soddisfazione. Ma la questione del rapporto tra diritti e garanzie è molto più complessa e controversa⁴.

Non tutti i diritti soggettivi giuridici hanno lo stesso valore, la stessa importanza. Non tutti i diritti hanno eguale "forza di diritto" (si potrebbe dire, per analogia con l'espressione comune "forza di legge"). In via di prima approssimazione, e semplificando, si possono distinguere tre classi di diritti soggettivi, con decrescente "forza di diritto" a seconda della fonte normativa su cui si fondano: i diritti costituzionali (diritti soggettivi pubblici), i diritti legali, i diritti contrattuali⁵. Chiediamoci ora: i diritti costituzionali sono i diritti fondamentali? Riteniamo soddisfacente risolvere l'una nell'altra le due nozioni corrispondenti a queste espressioni? Forse non pienamente. Suggerisco una rappresentazione intuitiva, che è anche una quasi-definizione: l'età dei diritti è l'età in cui certi determinati diritti morali, teorizzati e giustificati come pretese universalmente valide per tutti gli esseri umani sulla base del sistema morale dell'individualismo moderno, rivendicati dalle correnti di pensiero filosofico e politico del giusnaturalismo razionalistico e dell'illuminismo, diventano diritti giuridici positivi, vengono stipulati nelle costituzioni e quindi protetti da garanzie speciali. Appare chiaro, in questa prospettiva, che per determinare la classe dei diritti fondamentali, per identificare il criterio di appartenenza ad essa, non è sufficiente affermarne l'equivalenza tendenziale con i diritti costituzionali. Forse potremmo dire, seppur con una certa forzatura, che i diritti costituzionali, cioè i diritti soggettivi positivizzati in norme di rango costituzionale, sono i diritti fondamentali; ma non che i diritti fondamentali sono (non sono altro che) i diritti costituzionali. Anche perché il processo di positivizzazione e costituzionalizzazione dei diritti è sempre aperto e conosce numerose varianti nel tempo e nello spazio. Abbiamo dunque bisogno di una caratterizzazione ulteriore per delimitare la classe dei diritti fondamentali, per stabilire *che cosa* sono prima ancora di riconoscere *quali* sono (anzi, per poterlo fare), ovvero per determinare il significato dell'attributo "fondamentale" apposto al sostantivo "diritti".

Accolgo la definizione di Ferrajoli, da lui formulata alla fine del secolo scorso, e poi riproposta e riformulata varie volte, soprattutto nel suo monumentale *Principia iuris*: «Sono "diritti fondamentali" tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire»⁶. In questo modo, la nozione di diritti fondamentali viene resa indipendente da quella di diritti costituzionali: per essere (designato e riconosciuto come) un diritto fondamentale, non è necessario che un diritto soggettivo sia (stato) costituzionalizzato; non è per il fatto di essere (stato) costituzionalizzato che un diritto soggettivo è (riconoscibile come) un diritto fondamentale. Questo è certamente un aspetto virtuoso della definizione. Peraltro, pur non negando la connessione storica, almeno parziale, tra diritti fondamentali e diritti costituzionali, Ferrajoli tende a svincolare totalmente la costruzione del concetto di diritti fondamentali, la stipulazione del significato di questa espressione, dal contesto del costituzionalismo moderno. E questo è, per me, l'aspetto meno convincente della sua proposta teorica; ma per il momento lo lascio da parte. Lo riprenderò tra breve.

⁴ Sulle contrapposte tesi di Guastini e di Ferrajoli in merito al rapporto tra diritti e garanzie rimando al mio saggio BOVERO 2005, 233-244.

⁵ Cfr. GUASTINI 1994, 150.

⁶ FERRAJOLI 2001, 5. Questa è la definizione che si legge in apertura dell'articolo *Diritti fondamentali* (FERRAJOLI 1998), da cui ha avuto origine ad un ampio dibattito poi raccolto in FERRAJOLI 2001. La preferisco soltanto per ragioni di semplicità a quella riformulata con maggiore precisione in FERRAJOLI 2007, 727: «I "diritti fondamentali" sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d'agire o in quanto cittadini capaci d'agire».

Che cosa significa, dunque, che sono (opportunamente qualificabili come) “fondamentali” i diritti attribuiti da un ordinamento giuridico positivo agli individui in quanto persone o cittadini o capaci d’agire, posto che non significa semplicemente, e neppure necessariamente, che sono diritti costituzionali? Qual è il significato dell’aggettivo “fondamentali”? Seguendo Ferrajoli, significa che questi diritti, quale che ne sia la sostanza determinata, l’argomento specifico (il diritto alla vita o, per ipotesi, il diritto di fumare), sono *universali* – dice Ferrajoli: «nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari»⁷ – e perciò *inalienabili e indisponibili*. Ad esempio, se a un individuo soggetto ad un ordinamento costituzionale democratico fosse lecito vendere il suo diritto fondamentale di libertà personale o i suoi diritti fondamentali di autonomia privata, così rendendosi schiavo di un altro, o se gli fosse lecito alienare il proprio diritto fondamentale di partecipare, come cittadino, al processo democratico di autodeterminazione collettiva mediante il voto politico, cedendo la sua scheda elettorale ad un altro, non si potrebbe più dire che secondo quell’ordinamento i diritti di autonomia privata e pubblica spettano, rispettivamente, a “tutte” le persone e a “tutti” i cittadini, e tali diritti non sarebbero più “fondamentali” bensì, nel lessico di Ferrajoli, “patrimoniali”⁸. Assumendo l’antitesi stabilita da Ferrajoli tra diritti fondamentali e patrimoniali, si può dire che sono (opportunamente designabili e distinguibili come) fondamentali i diritti che non si possono comprare né vendere. I diritti fondamentali sono diritti sottratti al mercato o, come anche si dice, “contro il mercato”.

Ma non basta: i diritti fondamentali sono anche, al tempo stesso e per la medesima ragione, diritti “contro lo stato”. Nessun pubblico potere può disporre dei diritti fondamentali degli individui. I diritti fondamentali stanno – per usare la nota metafora di Ernesto Garzón Valdés – in una sorta di terreno proibito (*coto vedado*) che il potere politico, cioè il potere della collettività sui suoi membri, non può invadere⁹: sono i principali limiti e vincoli dei poteri costituiti, nel duplice senso che questi poteri non possono alterare né disapplicare le norme in cui i diritti sono stabiliti, e che debbono assicurarne il godimento e l’esercizio agli individui che ne sono titolari. Per comprendere appieno la natura e la rilevanza di questo connotato (o di questa implicazione) del concetto di diritti fondamentali così come definito da Ferrajoli – cioè, per capire che cosa significa che i diritti fondamentali sono diritti “contro lo stato” – è necessario, a mio avviso, correggere e integrare quella definizione, attingendo alla concezione bobbiana dell’età dei diritti.

Secondo Bobbio, l’affermazione dei diritti fondamentali «rappresenta un capovolgimento radicale nella storia secolare della morale»¹⁰. Qui Bobbio intende per “morale”, in senso latissimo, l’intero e multiforme universo delle norme che disciplinano la condotta e le relazioni degli esseri umani per salvaguardarne l’esistenza e la convivenza. Sino alle soglie di quella “rivoluzione copernicana” che segna l’inizio dell’età moderna come età dei diritti, i codici di norme (moralì o giuridiche) sono sempre codici di doveri, non di diritti. Basti pensare ai Dieci comandamenti. Certamente, spiega Bobbio, «dovere e diritto sono termini correlativi, come padre e figlio, nel senso che come non vi può essere un padre senza figlio così non vi può essere un dovere senza diritto; ma come il padre viene prima del figlio, così l’obbligo è sempre venuto prima del diritto»¹¹. La rivoluzione copernicana della modernità, che consegue dall’affermazione della concezione individualistica della società e artificialistica dello stato, ha

⁷ FERRAJOLI 2001, 6.

⁸ Sulla “grande divisione” ferrajoliana tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, cfr. FERRAJOLI 2001, 12-18.

⁹ Sulla fortunata nozione garzoniana di *coto vedado* suggerisco di vedere un saggio forse poco noto di Ernesto Garzón Valdés, che contiene un significativo richiamo e confronto con il pensiero di Bobbio: GARZÓN VALDÉS 2011, 35-46.

¹⁰ BOBBIO 1999, 432.

¹¹ BOBBIO 1999, 432. Quello della “rivoluzione copernicana” nella storia della morale è il tema centrale del celebre saggio che dà il titolo al volume *L’età dei diritti*. V. BOBBIO 1990.

condotto all'avvento e alla diffusione di un modello di codice normativo (quello delle costituzioni moderne, che io chiamo "costituzioni del costituzionalismo") in cui i diritti – una certa classe di diritti, appunto i diritti fondamentali – vengono per primi: sono diventati "padri" dei doveri.

Seguendo le indicazioni di Bobbio, potremmo aggiungere alla definizione ferrajoliana dei diritti fondamentali questo carattere identificante essenziale: sono fondamentali quei diritti che *non* conseguono dall'esistenza di determinati doveri logicamente antecedenti ad essi, ma al contrario vengono concepiti (e stipulati) come originari e dunque essi stessi *fondanti* rispetto a una certa classe di doveri, che ne conseguono logicamente. I diritti fondamentali, che hanno priorità logica e assiologica sui doveri – intendo: direttamente o *per medios terminos*, sull'intero codice dei doveri integrato in un ordinamento conforme al modello di costituzione del costituzionalismo moderno –, sono quelli che l'individuo come tale (meglio: come persona, o come cittadino, o come capace d'agire) può rivendicare *verso* o *contro* la collettività in cui si trova a vivere e il potere che la governa. Secondo una visione artificialistica della convivenza, che è la visione propriamente moderna, questi diritti sono rappresentabili come le condizioni alle quali l'individuo si vincola al collettivo, ovvero assume l'obbligo politico di obbedire alle decisioni collettive: sono le clausole della sua adesione al patto di convivenza, al "contratto sociale". In questa prospettiva, i diritti fondamentali sono tali, ovvero è sensato chiamarli così, non perché *abbiano* un fondamento (meta-giuridico: metafisico o morale), bensì – indipendentemente dal fatto che possano o debbano averlo e dalle relative infinite controversie tra filosofi¹² – perché *sono* essi stessi assunti a fondamento di un intero ordine giuridico-politico nelle carte costituzionali. Di qui l'invito di Bobbio a riflettere non tanto o non soltanto sul fondamento (meta-giuridico) che *hanno* o possono avere i diritti fondamentali, quanto anzitutto sul fondamento che essi *sono* o pretendono di essere, all'interno degli ordinamenti costituzionali moderni: fondamento del patto sociale stipulato appunto nelle costituzioni (che sono contratti sociali in forma scritta, contenenti «tavole positive di diritto naturale» come dice Ferrajoli¹³), condizione prima e scopo essenziale della convivenza tra individui «liberi ed eguali nei diritti», come recita l'art. 1 della Dichiarazione del 1789. Se questi diritti vengono lesi o addirittura tolti, il patto sociale si disgrega, e occorrerà rifondare la convivenza, e l'architettura istituzionale che la sorregge, su nuove basi.

Ricapitolando. I diritti fondamentali sono pretese o aspettative normative rivolte *verso* lo stato: i diritti fondamentali degli individui sono i doveri dello stato, che ha l'obbligo fondamentale di proteggerli e garantirli. Ne segue che qualora lo stato – la collettività, o meglio gli organi che ne esprimono la volontà (la volontà pubblica, la "volontà generale") – attenti a questi diritti, violando le norme costitutive (costituzionali) in cui essi sono stipulati, ad esempio emanando leggi che li contraddicono, o promulgando atti che ne impediscono il godimento ai loro titolari, allora questi ultimi, ossia gli individui, sono legittimati a rivendicare i propri diritti *contro* lo stato: questa è la classica radice del diritto di resistenza, o del "diritto alla rivoluzione"; ma è anche la giustificazione del ricorso ai tribunali supremi – negli ordinamenti contemporanei, alle corti costituzionali. In questo senso i diritti fondamentali sono (caratterizzabili in sintesi come) diritti "contro lo stato", contro il potere politico (che è il potere della collettività sugli individui); e nel caso di un regime democratico, anche contro il potere istituito (meglio: gli organi del potere collettivo legittimati) dalle procedure democratiche. O, come anche si dice con una formula ad effetto, "diritti contro le maggioranze".

Dunque i diritti sono contro la democrazia? Il rapporto tra democrazia e diritti è per sua natura, per la natura di ciascuno dei termini della coppia, un rapporto potenzialmente conflittuale?¹⁴ È ciò che

¹² Sul tema, vedi i primi due saggi compresi in BOBBIO 1990.

¹³ Cfr. FERRAJOLI 1990, 351.

¹⁴ Sulla tensione tra diritti e democrazia, che ha costituito il tema generale di una vastissima controversia, vivace soprattutto alcuni anni or sono ma non ancora esaurita, suggerisco di rivedere e confrontare tra loro le analisi, condotte entro prospettive teoriche diverse, rispettivamente da: RUIZ MIGUEL 2003; PINTORE 2003; SALAZAR 2006.

sostengono alcuni (presunti e sedicenti) teorici radicali della democrazia, quando difendono come virtù suprema di un ordinamento democratico quella di potersi trasformare sempre e in ogni sua parte, adeguandosi ai mutevoli orientamenti dei cittadini, e la difendono contro i partigiani delle varie specie di neo-costituzionalismo, contro il principio stesso dell'indisponibilità dei diritti fondamentali (non solo per il mercato ma anche per lo stato) e contro il potere delle corti costituzionali, considerato come potere ultimo di interdire la volontà del popolo, e dunque come potere antidemocratico. Di qui, la formulazione della cosiddetta "obiezione contro-maggioritaria". A mio avviso, non hanno tutti i torti; però hanno sostanzialmente torto. Ma non certo perché abbiano invece ragione gli adepti del neo-costituzionalismo principialista (come lo chiama Ferrajoli¹⁵). Sostengo che nei tempi più recenti e in varie parti del mondo abbiamo assistito al ritorno parallelo di *due* forme di potere arbitrario, a volte in conflitto, a volte in sinergia: da un lato, quello delle corti supreme che si arrogano la funzione di legislatore positivo di ultima istanza e si atteggiavano a voce indiscutibile della *recta ratio*, e dall'altro, quello dei vertici monocratici degli esecutivi, che pretendono di essere la vera ed unica voce autorizzata della volontà popolare; entrambi i poteri si pongono o si comportano come sovrani, *superiorem non recognoscentes*, ed entrambi sono frutto di usurpazione delle funzioni che in democrazia spettano agli organi collegiali rappresentativi, cioè alle assemblee parlamentari. Le quali peraltro non sono certo, a loro volta, legittimate a interpretare il ruolo di sovrani assoluti sottratti ai vincoli costituzionali. Insomma, hanno torto entrambi, i democratici radicali e i neo-costituzionalisti.

Dico subito che considero inappropriata ed anzi fuorviante la formula "diritti contro le maggioranze", qualunque ne sia l'uso polemico (avverso alle maggioranze o avverso ai diritti); e particolarmente infelice, oltreché orrenda, l'altra formula "obiezione contro-maggioritaria"¹⁶. Ma per una ragione che non ha a che vedere con il nucleo del problema su cui stiamo riflettendo, e che è la seguente: il principio di maggioranza non è la regola regina della democrazia. Detto altrimenti: "democrazia" non significa potere della maggioranza. La regola di maggioranza è una regola tecnica, e non è democratica più di quanto non sia autocratica. A maggioranza decidono non solo i parlamenti democratici ma anche gli organi supremi di regimi autocratici, come il gran consiglio del fascismo, o il conclave per l'elezione del papa. Me ne sono occupato altrove¹⁷, e non è questo il punto nella presente occasione. Semplicemente, qui invito a non usare quella formula, "diritti contro le maggioranze", e a sostituirla con una più pertinente. Se il percorso teorico che ho condotto nelle pagine precedenti è convincente, allora i diritti fondamentali sono caratterizzabili come diritti (non contro le maggioranze ma) "contro il potere politico", qualunque esso sia: i diritti fondamentali, negli ordinamenti conformi al modello di costituzione del costituzionalismo, sono ciò su cui il potere politico non ha potere, sono *coto vedado*; dunque, sono diritti *anche* contro la volontà pubblica eventualmente dichiarata a maggioranza, ma non solo, persino se fosse dichiarata all'unanimità. Come si vede, sostituendo quella formula siamo giunti a rafforzarla.

Sono consapevole che questa mia posizione può apparire a qualcuno (dei miei venticinque lettori) sorprendente e forse paradossale. Come è compatibile questa insistita, riaffermata e ribadita intangibilità dei diritti con una visione del mondo sobria, laica, positivista in teoria del diritto, anti-oggettivista e anti-cognitivista in teoria della morale, realista in teoria politica, disillusa e scetticeggiante in filosofia della storia? Mi difendo: con la costruzione concettuale che ho proposto sin qui non ho inteso affatto delineare una sorta di dittatura metafisico-religiosa dei valori "incarnati" in diritti. E provo a chiarire, precisando: anzitutto, si deve intendere che i diritti fondamentali sono indisponibili per il potere politico *ordinario*; ma è ovvio che, in generale e in via di principio, le norme in cui essi sono

¹⁵ FERRAJOLI 2010.

¹⁶ Cfr. SALAZAR 2006, 193 ss.

¹⁷ BOVERO 2012.

stabiliti possano essere modificate con procedure *speciali*. Non sono né la Natura né la Ragione i legislatori dei diritti, ma pur sempre gli esseri umani; e questi possono sempre cambiare le norme che li stabiliscono: lo possono di fatto, ed è loro lecito di diritto se e quando siano predisposti i canali giuridici adeguati allo scopo. Ciò nonostante: se il patto costituzionale in cui sono stipulati i diritti fondamentali è ispirato al principio democratico, se tale patto istituisce – mediante determinate norme di competenza e di procedura per le decisioni collettive – un regime politico democratico che si vuole preservare come tale, allora alcuni (almeno) diritti fondamentali sono da considerarsi assolutamente intangibili, e forse da stipulare esplicitamente come sovra-costituzionali, altrimenti è aperta la possibilità di un suicidio della democrazia. Quali diritti? Quelli che, per la loro specifica natura (per il loro argomento), *istituiscono* la democrazia, e sono i diritti di partecipazione politica. Senonché, al tempo stesso, questi medesimi diritti di partecipazione politica, in quanto sono fondamentali come tutti gli altri (come le altre classi del genere “diritti fondamentali”), sono pur sempre diritti “contro la democrazia”, contro qualunque decisione del potere politico (ordinario) anche se democratico. Non vi è contraddizione nel concepire i diritti fondamentali come diritti contro la democrazia, e insieme la democrazia come un determinato complesso (formato da una o più classi) di diritti fondamentali. La democrazia intesa come (risultante da) una certa somma di diritti fondamentali – in quanto tali, diritti contro la democrazia – è un regime protetto contro le proprie pulsioni suicide.

3. *La democrazia, regime fondato su diritti fondamentali*

Invito a usare il termine “democrazia” non per indicare una forma di vita, né un intero sistema giuridico-politico, bensì soltanto un tipo di regime: cioè, un aspetto determinato e circoscritto di un ordinamento. E invito a distinguere tra “regime” e “forma di governo”. Queste due espressioni sono spesso usate scambievolmente, in molti contesti i loro significati si sovrappongono e si confondono. Ritengo sia opportuno stipulare per ciascuna di esse un uso specializzato, in modo da mantenere analiticamente separati due aspetti differenti, pur se contigui, degli ordinamenti politici. Chiamo “regimi” quelle configurazioni tra loro alternative della convivenza i cui caratteri essenziali sono definiti dalle regole che disciplinano la titolarità e l’esercizio dei diritti politici – intesi i diritti politici come quei (quella classe di) diritti fondamentali che riguardano la partecipazione degli individui alla formazione delle decisioni collettive. Sono le regole di competenza e di procedura che Bobbio ha chiamato “regole del gioco” e che, nel suo linguaggio semplificante, stabiliscono il *chi* e il *come* delle decisioni collettive: quali e quanti soggetti abbiano il diritto-potere di aver parte nel processo decisionale politico, e in che modo il processo debba svolgersi. Seguendo la lezione di Kelsen e di Bobbio, i tipi di regime (tipi ideali nel senso weberiano) sono due e soltanto due, autocrazia e democrazia, ciascuno dei quali comprende numerose specie e sottospecie. Chiamo “forme di governo” (dove il termine governo ha ovviamente il senso lato di *gubernaculum* e non quello tecnico di “esecutivo”) le diverse varianti possibili dell’architettura istituzionale in uno stato rappresentativo (non necessariamente democratico) a poteri divisi, ciascuna delle quali caratterizzata da un particolare complesso di rapporti tra gli organi dotati di funzioni propriamente politiche, principalmente il parlamento e il governo (questa volta nel senso tecnico di *cabinet*). Le classificazioni delle forme di governo sono molte e più o meno complicate; le classi principali che compaiono nella maggioranza di esse sono il parlamentarismo e il presidenzialismo.

La democrazia è (meglio: è sensato e opportuno riservare il nome di democrazia a) quel tipo di regime in cui tutti gli individui sottoposti alle decisioni collettive sono titolari in egual misura dei diritti di partecipazione politica. Detto in altro modo: tutti i cittadini passivi, coloro che hanno l’obbligo politico di obbedire alle norme della collettività, devono essere cittadini attivi, titolari del *ius*

activae civitatis. In una democrazia (di specie) rappresentativa, il primo dei diritti politici è il diritto di voto, o meglio il diritto di elettorato attivo e passivo, e questo diritto deve essere distribuito a tutti i destinatari delle decisioni politiche – cioè a tutti i consociati, le persone conviventi e inserite nel tessuto della società regolata da leggi e norme che promanano dalle decisioni politiche –, senza discriminazioni. Emerge qui evidente il problema del criterio di attribuzione di questo diritto, che tendenzialmente viene a coincidere con il criterio per il conferimento dello *status* di cittadino; ma sappiamo bene che i criteri più diffusamente adottati hanno tutti, quale più quale meno, effetti discriminanti. Non basta: il voto di ciascun cittadino deve avere *peso* eguale a quello di ogni altro. Ciò comporta che i vari espedienti di ingegneria elettorale adottati un po' dappertutto, in nome della cosiddetta governabilità, per alterare l'eguaglianza di peso dei voti individuali che concorrono a determinare la composizione dei parlamenti sono una violazione dei diritti politici costitutivi della democrazia, e dunque una lesione della stessa democrazia¹⁸. Inoltre: le convinzioni e opinioni in base alle quali il cittadino orienta non solo le proprie scelte elettorali, ma tutti i propri atti di partecipazione politica, debbono potersi formare in situazione di libertà, ossia in assenza di limitazioni e condizionamenti distorsivi. E ciò configura come diritto (immediatamente) politico il diritto all'informazione – attivo e passivo, e oggi potremmo aggiungere interattivo – libera e plurale; ne segue che l'esistenza di monopoli od oligopoli dei mezzi di informazione e persuasione, così come la presenza di ostacoli e impedimenti al libero accesso alle reti informative, o di filtri e condizionamenti alla loro fruizione, violano un diritto politico e danneggiano la democrazia. Ancora: la libertà di autodeterminazione politica dei cittadini deve potersi esercitare su una gamma di alternative sufficientemente ampia da consentire a ciascuno di riconoscersi in un orientamento preciso; il che esige almeno che sia consentito e protetto il pluralismo dei partiti, associazioni e movimenti politici. Ne segue che là dove si punta, con vari accorgimenti istituzionali, a ridurre la dialettica politica a duelli maggioritari, la libertà del cittadino viene compressa e talora soffocata.

Le regole del gioco, che disciplinano la titolarità e l'esercizio dei diritti politici, rappresentano le condizioni (in senso logico) alle quali un regime è riconoscibile come democratico, ossia come un regime di autodeterminazione collettiva¹⁹. Il regime è democratico se e finché tali regole sono rispettate; se vengono alterate o applicate in maniera scorretta, non coerente con i principi democratici di eguaglianza e libertà politica, violando o snaturando i diritti politici dei cittadini, si comincia a giocare ad un altro gioco. Per questo, se un regime democratico vuol *rimanere* tale, le regole che stabiliscono le *condizioni* della democrazia – cioè le regole *costitutive* del gioco, che sono tali in quanto riguardano i diritti politici e quindi la formazione democratica della volontà politica – devono considerarsi sottratte anche alle alterazioni eventualmente prodotte da una decisione all'unanimità (che si configurerebbe come una sorta di suicidio di massa della democrazia); e perciò, *a fortiori*, indisponibili al potere delle maggioranze qualificate variamente richieste nei diversi ordinamenti per la revisione delle norme costituzionali.

Ma il rapporto tra la democrazia e i diritti fondamentali non concerne soltanto i diritti politici, bensì abbraccia anche altri tipi di diritti fondamentali, che della democrazia costituiscono le *precondizioni*²⁰: in primo luogo, i quattro grandi diritti di libertà dei moderni, come li chiama Bobbio, ossia la libertà personale, la libertà di opinione e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà di associazione. Questi diritti, spiega Bobbio,

¹⁸ Come è stato riconosciuto anche dalla sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di varie parti della legge elettorale Calderoli.

¹⁹ Sulle condizioni della democrazia, mi permetto di rinviare a BOVERO 2009; BOVERO 2010a.

²⁰ Sulle precondizioni della democrazia, oltre ai testi indicati sopra nella nota 19, rinvio a BOVERO 2010b.

«sono il *presupposto necessario* per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico. Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole *preliminari* che permettono lo svolgimento del gioco»²¹.

In questo senso si può dire che, se le regole del gioco rappresentano le *condizioni* della democrazia, i diritti di libertà ne sono le *precondizioni indispensabili*: in quanto tali, inviolabili e inalterabili, anche da parte del potere di revisione costituzionale, se si vuole evitare che mediante l'esercizio di tale potere vengano poste le premesse per instaurare un regime non più (riconoscibile come) democratico, che della democrazia conservi solo le apparenze esteriori. Senza la garanzia dell'immunità personale per elettori e candidati, senza la garanzia delle libertà di opinione, di riunione, di associazione, una competizione elettorale a suffragio universale non è altro che una messinscena ingannevole.

Nelle precondizioni della democrazia si devono comprendere anche *alcuni determinati diritti sociali*: in primo luogo, il diritto all'istruzione, inteso come diritto all'educazione del cittadino, senza la garanzia del quale appare inutile assicurare agli individui le condizioni oggettive di una scelta politica libera; in secondo luogo, il diritto alla sussistenza, senza la garanzia del quale si va incontro al pericolo, già additato da Rousseau, che qualcuno ceda alla tentazione di vendere il proprio voto, così riducendo il proprio diritto fondamentale politico ad un diritto patrimoniale. Questi diritti rappresentano, a mio giudizio, le indispensabili precondizioni *sociali* delle precondizioni *liberali* della democrazia. Così come i diritti politici di partecipazione democratica risulterebbero vanificati dall'assenza di garanzie per i diritti all'immunità personale, alla libera manifestazione del pensiero, alla libera riunione e associazione; allo stesso modo, le grandi libertà dei moderni rimarrebbero virtuali e svuotate del loro senso *politico*, ossia private della loro funzione *democratica*, in mancanza di garanzie per il diritto all'istruzione, oltre che all'informazione libera e plurale, e ad un minimo assicurato di risorse per la sussistenza²².

Dal punto di vista della preservazione di un regime democratico, questi specifici diritti fondamentali, sia liberali sia sociali, insieme ai diritti politici di partecipazione alla formazione delle decisioni collettive, dovrebbero essere considerati diritti "supercostituzionali", come suggeriva Piero Calamandrei già nel 1946²³, cioè per l'appunto sottratti al potere di revisione costituzionale: ma non già perché siano riconoscibili come (presunti) «diritti naturali» o come valori assoluti ed eterni; bensì perché valgono nel loro complesso come *precondizioni* (diritti liberali e sociali) e *condizioni* (diritti politici) *necessarie* della democrazia.

4. *Lo spirito del tempo. Dal crepuscolo all'alba*

In tutte le costituzioni vi sono principi riconosciuti (più o meno) esplicitamente come intangibili, ai quali le supreme corti si richiamano in determinate circostanze, nelle loro sentenze più importanti, per preservare la stabilità e la continuità dell'ordinamento.

Ciò nonostante, negli ultimi decenni il paradigma stesso della democrazia costituzionale, questa grandiosa costruzione della cultura politica e giuridica occidentale del secondo dopoguerra – una cultura attraversata da una pluralità di orientamenti contrastanti ma animata dalla convergente reazione morale all'era delle tirannie che aveva funestato la prima metà del XX secolo – è stata attaccata ed erosa; ed ora appare lesionata e delegittimata. Come se l'età dei diritti e della democrazia avesse

²¹ BOBBIO 1984, 6s.

²² Rinvio di nuovo a BOVERO 2010b.

²³ CALAMANDREI 1946.

smarrito la propria ispirazione, avesse perduto la propria anima, come se lo spirito del tempo soffiasse ormai in un'altra direzione. I diritti fondamentali si sono rivelati diritti deboli, incapaci di reggere alle offensive dell'ideologia dominante e trionfante, quel neo-liberalismo che Luciano Gallino ha additato come l'ideologia totalitaria del nostro tempo²⁴. Un'ideologia per sua natura ostile all'idea stessa di diritti fondamentali, e insieme refrattaria alla democrazia. La mercatocrazia totalitaria non può evidentemente tollerare diritti sottratti al mercato. Fin dalle origini della sua influenza determinante sui governi più potenti del mondo – il primo governo Thatcher è del 1979, il primo mandato Reagan è del 1981 – l'ideologia neo-liberale ha posto l'obiettivo strategico di abolire limiti e vincoli all'agire economico capitalistico, e in Europa di espungere la garanzia dei diritti sociali dall'agenda politica. Ma non solo: almeno dopo l'11 settembre (se non prima), anche i diritti di libertà, le quattro grandi libertà dei moderni, sono stati attaccati ed erosi, di fatto declassati dal rango di diritti fondamentali, considerati disponibili e convertibili in altro. Si ricordi la fortuna che ha avuto nella pubblicistica la sciagurata figura dello “scambio tra libertà e sicurezza”. Una fortuna che sfortunatamente si è rinnovata dopo gli attentati terroristici a Parigi del novembre 2015, contagiando i vertici del governo francese e orientando le loro decisioni.

Quanto ai diritti politici, su cui la democrazia si basa, fin dal famoso *Rapporto alla commissione trilaterale* di Crozier, Huntington e Watanuki – che si può considerare il documento fondativo dell'ideologia neo-liberale²⁵ – l'atteggiamento consigliato alle classi dirigenti è stato quello di neutralizzarne gli effetti: e cioè di snaturare la democrazia, togliendo potere agli organi rappresentativi, i parlamenti, per impedire che rispondano alle richieste dei cittadini con promesse di spesa, e per questo imponendo agli stati il vincolo dell'equilibrio di bilancio²⁶; e rafforzando invece i poteri di vertice, gli esecutivi, da affidare in sapienti mani tecnocratiche, rigorose nell'obbedire agli imperativi del capitalismo globale. Un capitalismo avvitato in una crisi assurda e spaventosa, che tuttavia si salva ed anzi si rafforza accrescendo il malessere sociale, gettando nella disperazione intere popolazioni; e tacitando le proteste democratiche con l'abbraccio mortale dei cosiddetti aiuti economici. La Grecia insegna. L'età dei diritti e della democrazia, nonostante i moti di indignazione, di resistenza, di ribellione, ci sembra ormai al tramonto.

Forse la visione di Bobbio era, inconsapevolmente, crepuscolare, come quella che secondo Hegel è propria della grande filosofia: la visione della civetta, la nottola di Minerva che inizia il suo volo sul far della sera e col suo sguardo acuto riesce a cogliere e rappresentare la figura di un mondo e di un tempo che ormai si è compiuto²⁷. Una visione, quella dell'età dei diritti e della democrazia, che è ancora la nostra, che ancora facciamo nostra, ma accompagnata, per noi, da una sorta di malinconica consapevolezza del suo svanire, e dal timore del buio. Non riusciamo a cogliere nuovi profili, nuovi colori. Per questo, forse, abbiamo una visione in negativo, una rappresentazione del nostro mondo e del nostro tempo per difetto, per sottrazione: diritti *deboli*, democrazie *fragili*...

Eppure, non riusciamo a smettere di credere nei principi in cui abbiamo creduto e ancora crediamo. Ci ostiniamo a credere che bisogna superare la debolezza e la fragilità, non i diritti e la democrazia. Che riceveranno da altri, dalle più giovani generazioni, nuovo vigore, magari in altre forme, con altri colori, all'alba di un nuovo giorno.

²⁴ GALLINO 2011, 107-112.

²⁵ CROZIER et al. 1975.

²⁶ All'argomento, la rivista *Teoria politica* (n. s.) ha dedicato una sezione del vol. V, 2015, intitolata *La questione sociale, oggi*.

²⁷ Cfr. HEGEL 1987, 17: la filosofia, come pensiero del mondo, «appare soltanto dopo che la realtà ha compiuto il suo processo di formazione». «Quando la filosofia dipinge a chiaroscuro [*Grau in Grau*: grigio su grigio, vecchio su vecchio], allora una figura della vita [*eine Gestalt des Lebens*] è invecchiata, e dal chiaroscuro essa non si lascia ringiovanire, ma soltanto conoscere». Sulla metafora hegeliana raccomando lo straordinario libro di BODEI 2014.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- BOBBIO N. 1984. *Il futuro della democrazia*, 3 ed., Torino, Einaudi, 1995.
- BOBBIO N. 1999. *Teoria generale della politica* (a cura di M. Bovero), Torino, Einaudi, 1999.
- BODEI R. 2014. *La civetta e la talpa*, Bologna, Mulino, 2014. Nuova versione rielaborata e accresciuta di *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna, il Mulino, 1975.
- BOVERO M. 2005. *Derechos, deberes, garantías*, in CARBONELL M., SALAZAR P. (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2005, 233 ss.
- BOVERO M. 2009. *La democrazia e le sue condizioni*, Modena, Notizie editrice, 2009.
- BOVERO M. 2010a. *La democracia y sus condiciones*, in «Revista de la Facultad de Derecho de México», LX, 253, 2010, 11 ss.
- BOVERO M. 2010b. *Democrazia al crepuscolo?*, in ID., PAZÉ V. (eds.), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 3 ss.
- BOVERO M. 2012. *Elezioni e democrazia. Sul principio di maggioranza*, in «Teoria politica», n. s., Annali II, 2012, 293 ss.
- CALAMANDREI P. 1946. *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a RUFFINI F., *Diritti di libertà*, 2 ed., Firenze, La Nuova Italia editrice, 1975.
- CROZIER M.J., HUNTINGTON S.P., WATANUKI J. 1975. *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, F. Angeli, 1977.
- FERRAJOLI L. 1990. *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1990.
- FERRAJOLI L. 1998. *Diritti fondamentali*, in «Teoria politica», XIV, 2, 1998, 3 ss.
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale), Roma-Bari, Laterza, 2001.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia juris. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», LV, fasc. 3, 2010, 2771 ss.
- GALLINO L. 2011. *I confini flessibili tra politica ed economia*, in «Teoria politica», n.s., Annali I, 2011, 107 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 2011. *Che cosa direbbe Bobbio della democrazia attuale?*, in BOVERO M. (ed.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 35 ss.
- GUASTINI R. 1994. *Diritti*, in ID., *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996. Originariamente in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Torino, 1994.
- HEGEL G.W.F. 1987. *Prefazione a Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di G. Marini), Roma-Bari, Laterza, 1987.
- PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- RUIZ MIGUEL A. 2003. *Costituzionalismo e democrazia*, in «Teoria politica», XIX, 2-3, 2003, 73 ss.
- SALAZAR P. 2006. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.