

GEMINELLO PRETEROSSÌ

La democrazia attraverso i diritti: quale ponte tra modello teorico e progetto politico?

ABSTRACT

In this article, the author provides some remarks on Ferrajoli's book *La democrazia attraverso i diritti*. In particular, the author highlights some of its problematic aspects. The sphere of the constitutional principles, which the will of the parliamentary majority cannot modify, is based on a choice, a normative fact, namely, the choice of the constitutional assembly. However, the author doubts that Ferrajoli's post-national constitutionalism could be the third landmark of the modernity.

In questo articolo l'autore commenta il volume di Ferrajoli *La democrazia attraverso i diritti*, individuandone alcuni aspetti problematici. La sfera dell'indecidibile, la sfera dei principi costituzionali, sottratta alla volontà delle maggioranze parlamentari, poggia su una scelta, su un fatto normativo, che è la scelta dell'assemblea costituente. E tuttavia, si chiede l'autore, l'adesione di Ferrajoli a tali principi costituzionali poggia sulla loro rigida positivizzazione o sul fatto che hanno un certo contenuto liberal-democratico e sociale? In secondo luogo, l'autore dubita che il costituzionalismo post-nazionale invocato da Ferrajoli possa essere la terza tappa della modernità.

KEYWORDS

democracy, constitutionalism, positivism

democrazia, costituzionalismo, positivismo

GEMINELLO PRETEROSSÌ *

*La democrazia attraverso i diritti: quale ponte
tra modello teorico e progetto politico?*

*La democrazia attraverso i diritti*¹ è un libro significativo nel percorso di Luigi Ferrajoli, perché rende evidente il lato politico, e le conseguenti implicazioni teoriche, della sua analisi della democrazia costituzionale. Da un certo punto di vista, è lecito parlare di una sorta di “decisionismo” di Ferrajoli: come in Kelsen cosmopolitismo e pacifismo sono inevitabilmente oggetto di una “scelta” alla conclusione de *Il problema della sovranità*, così anche la “sfera dell’indecidibile” poggia su una decisione originaria. L’indecidibile sussiste perché è stato deciso, non perché ci sia un’autonomia e oggettiva “realtà” dei principi. Ma se all’origine dell’indecidibile c’è una decisione, è evidente che il contenuto sottratto alla decisione di quella decisione presuppone la persistente legittimità di quest’ultima, cioè la credenza diffusa e duratura nella fondatezza della sua pretesa di obbedienza. Ciò vuol dire che la sfera dell’indecidibile è

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Salerno.
E-mail: gpreterossi@unisa.it.

¹ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Per ogni riferimento a quest’opera mi limiterò a inserire nel testo dell’articolo il numero della pagina.

comunque esposta alla possibile riattivazione del potere costituente, e più in generale risente dei processi di delegittimazione delle costituzioni medesime, della loro minore effettività e perdita di radicamento nella cultura civile di una società. Ferrajoli ha un rapporto ambivalente con il positivismo: da un lato difende una forma di positivismo rafforzato (la *Grundentscheidung* per il costituzionalismo dei diritti, da cui derivano politiche democratiche obbligate). Dall'altro tale vincolo alle scelte democratiche è in qualche modo metapositivo, cioè frutto sì di una decisione ma collocato su un piano non (più solo) politico, bensì normativo-sostanziale (per quanto formalizzato), che proprio per questo può ambire a restringere lo spazio della discrezionalità del potere. C'è un'eccedenza – un di più – rispetto al positivismo tradizionale, che però viene incorporata entro un quadro che vuole essere ancora rigorosamente positivistico, per evitare i rischi insiti nel cognitivismo etico e nell'alleggerimento della distinzione tra diritto e morale. Ma il mantenimento di tale distinzione – che è rilevante non dal punto di vista empirico (è evidente che il diritto, anche quello moderno, si riempie di contenuti etici), bensì dal punto di vista teorico-normativo (l'identificazione del diritto non è possibile sulla base di criteri morali) – si fa oggettivamente un po' più problematica se sono gli elementi statici – per quanto “positivi” – a giocare il ruolo decisivo nella qualificazione della validità nella democrazia costituzionale.

Quello di Ferrajoli non è, ovviamente, un decisionismo militante, schmittiano, quanto piuttosto metodologico, kelseniano (per quanto il problema, seppur letto in modo rovesciato, sia lo stesso per Kelsen e Schmitt: il fondamento di legittimità, il fattore genetico dell'artificialismo giuridico). Ma, a ben guardare, qui non ci si limita ad ammettere quel tanto di decisione che in ogni normativismo giuridico non può mancare per avere dinamismo del sistema e garanzie efficaci. Ferrajoli da un lato tiene fermo il

giuspositivismo radicale alla Kelsen, che nega qualsiasi connessione teorico-normativa tra diritto e morale (anche quella minima di Hart). Dall'altro va oltre, e in qualche modo contro Kelsen. Ad esempio, rinunciando alla norma fondamentale, si trova inevitabilmente a collocare al vertice della piramide nomodinamica la scelta (che non è deducibile razionalmente né giustificabile con la morale o con il consenso): cioè un fatto. Si può ritenere con buoni motivi che già dietro la norma fondamentale di Kelsen si intravedesse l'effettività della scelta, e che quindi il tentativo kelseniano di mantenere anche nel momento genetico dell'ordinamento il primato della validità normativa sull'effettività fallisca. Naturalmente si può argomentare che quel fatto, che è un evento storico, non è una contingenza (decisione) vuota e non dipanabile, ma un *fatto normativo* come insieme complesso di interessi e valori, quindi una volontà che è risultato di vari fattori (forza, ideologia, organizzazione, capacità di rispondere a una sfida concreta). Si può sottolineare che la scelta non è solo in alto ma in qualche modo anche in basso, non solo della forza costituente ma anche dei consociati, insistendo sul fatto che quei "fattori" hanno reso possibile una sorta di "riconoscimento" da parte dei consociati del nuovo assetto ordinamentale. Ma riconoscimento è a sua volta una nozione che copre una gamma diversificata di significati, che vanno dal vero e proprio consenso, il quale può essere a sua volta di diverso grado e qualità, alla mera osservanza per paura o conformismo: quindi non è facile andare oltre la constatazione dell'effettività dell'obbedienza all'ordinamento e rintracciare dei criteri normativi validi in generale, per le diverse fenomenologie storiche, in grado di definire con certezza le ragioni interne, qualitative dell'effettività medesima, senza scantonare nel giusnaturalismo, per quanto quei criteri possano essere "minimi" e "ovvi". Soprattutto, questi criteri (come quelli elaborati da Hart nel "contenuto minimo del

diritto naturale”) sono criteri di fatto (la constatazione che gli ordinamenti non possono funzionare, non durano se non ottemperano a certi requisiti essenziali, rispondendo alla sfida di assicurare la sopravvivenza ai consociati) oppure sono criteri normativi (ordinamenti che non assicurano risposte in questo senso, ma anzi aumentano il rischio e la paura, non debbono essere qualificati come giuridici)? L’effettività è nozione sospesa tra descrizione e qualificazione: appena si cerca di scandagliare la sua complessità, o ci si inoltra sul piano dell’indagine descrittiva, storico-sociologica, oppure volendo mantenere un punto di vista teorico-concettuale si rischia sempre di qualificarla direttamente o indirettamente in senso etico-normativo (è il motivo per cui Kelsen, e in fondo anche Schmitt, si rifiutavano di farlo, contrapponendosi entrambi alle teorie dell’integrazione alla Smend, per non parlare di quelle neogiusnaturaliste, dell’etica dei “valori materiali” ecc.). In ogni caso, resta che l’artificio giuridico – non solo quello dello Stato di diritto ma anche quello dello Stato costituzionale – poggia sulla scelta. Poiché Ferrajoli difende una concezione garantista e non principialista (etica) della democrazia costituzionale, coerentemente deve appoggiare anche la validità sostanziale sulla scelta, impegnandosi a pagare un onere notevole, perché qui sono i contenuti di valore, gli elementi statici, non solo la legittimità dei meccanismi autoritativi di produzione normativa, a essere retti integralmente dal fatto della positivizzazione originaria. Questa sarà in grado di sostenere una nomodinamica che ha in sé una nomostatica? Ovvero di render conto della legittimità della costituzione, intesa come vincolo alla politica, essendo quella legittimità esclusivamente politica in senso decisionista, nella sua fondazione?

Secondo Ferrajoli per argomentare utilmente in chiave intersoggettiva, occorre una condivisione di visioni, un orizzonte comune: «Sono superabili o quanto meno riducibili i disaccordi che intervengono tra persone che condividono i

medesimi valori di fondo o le medesime assunzioni primitive» (104). La stessa chiarificazione delle assunzioni, per quanto utile e necessaria, non determina né muta le scelte etico-politiche: «i valori morali e politici ultimi – la democrazia, l’uguaglianza, la libertà, la dignità delle persone – non si dimostrano, non si deducono, e neppure si inducono dalla loro più o meno ampia condivisione. Non hanno, insomma, nulla a che vedere con la verità. Essi, semplicemente, si scelgono, si postulano e si difendono» (105). Se realisticamente si potrebbe osservare che l’ampia condivisione di solito è un elemento effettivo che tende a orientare le scelte, è chiaro che qui Ferrajoli ci sta dicendo che quanto è normativo è per sua natura non deducibile (razionalmente), ma solo positivizzabile (giuridicamente). Ciò spiega la diffidenza crescente di Ferrajoli verso l’espansione del potere giudiziario e le teorie che legittimano ideologicamente la creatività del giudice attraverso il ricorso crescente a un’interpretazione morale dei “principi”. Questo scetticismo verso la deducibilità dei valori ultimi porta Ferrajoli, da un lato, a difendere il diritto quale regolatore formale delle relazioni umane (non c’è alcun *telos* contenutistico all’intesa insito nell’uso del linguaggio, come ritiene Habermas, né vigono principi etici extraspositivi di cui il giudice sia custode e interprete ispirato, come pensa Dworkin), ma dall’altro a valorizzare la positivizzazione avvenuta con il costituzionalismo novecentesco di principi progressivi, che ci consente di sottrarre un nucleo di contenuti etico-politici fondamentali alla disputabilità e alla decisione di maggioranza: così che, un po’ paradossalmente, il diritto moderno, nato per neutralizzare il conflitto estremo sui valori ultimi (religiosi, in origine), incorporando valori determinati che appartengono alla tradizione illuminista, fa da scudo formale rispetto ai rischi insiti nell’intersoggettività e nel pluralismo etico irriducibile, assicurando però contenuto sostanziale adeguato agli ordinamenti contemporanei, senza obbligarci a metterli in discussione e a

rigenerarne costantemente la condivisione. Visto che un accordo per via razionale sulle visioni ultime è impossibile, sembra dirci Ferrajoli, capitalizziamo giuridicamente il plusvalore politico insito nella scelta costituente del 1948.

L'idea di Ferrajoli è quella di un contratto (identificato con la costituzione) senza sovrano. Solo che come la teoria di Hobbes, che si colloca all'origine del contrattualismo moderno, e in particolare del nesso – così carico di conseguenze per la qualificazione moderna del giuridico – tra artificialismo e volontarismo, mostra inequivocabilmente, l'istituzione della sovranità non è un effetto secondario, relativizzabile o addirittura escludibile, del patto, ma la sua conseguenza necessaria che, circolarmente, ne diviene una condizione di possibilità: la legge della giustizia prescrive di rispettare i patti validi. Ma i patti sono validi se, e solo se, esiste un potere terzo coattivo in grado di garantirne effettivamente il rispetto e quindi la reciprocità². Da un lato, l'attacco alla sovranità, sorprendente per un teorico del diritto moderno, si spiega con il significato – a mio avviso riduttivo e unilaterale da un punto di vista storico-concettuale – che Ferrajoli assegna alla sovranità medesima, identificandola con il potere selvaggio (ma allora oggi, di fronte ai poteri selvaggi globali dell'economia, saremmo in presenza di analoghi della sovranità?). In realtà la sovranità è una forma di istituzionalizzazione, anche se nella sua matrice originaria, come decisione fondatrice o restauratrice, è una decisione di fatto che crea diritto, se serve anche sospendendolo. La sovranità, pur avendo dentro di sé questa inevitabile sporgenza sul “non diritto” (come il potere costituente, peraltro), apre alla mediazione giuridica e la sostiene connettendo diritto e politica. Dall'altro lato, la

² TH. HOBBS, *Leviatano* (1651), cap. XV, 149-167, Milano, BUR, 2013.

posizione di Ferrajoli contiene presupposti impliciti onerosi: il patto senza sovrano non è in grado di spiegare la natura della comunità politica (anche di quella artificiale), né la sua generazione. Come dar conto allora del vincolo politico? La teoria può semplicemente darlo per acquisito come un fatto della storia presupposto? Davvero il “noi” può essere inteso come una mera somma di diritti individuali, o non ha piuttosto a che fare con ciò che compone quel “fatto”, cioè un insieme complesso e stratificato di fattori identitari e di relazioni di potere? Del resto, cosa consente la sommabilità dei diritti e garantisce che non sia caotica, se non un criterio ordinatore eteronomo, magari costruito dal basso, ma in grado di unificare tutti quegli individui con i loro diritti (che originariamente sono diritti-poteri a tutto, quindi conflittuali e potenzialmente distruttivi) e dare loro un’identità politica comune, per quanto essenziale e a basso tasso di omogeneità?

Tra l’altro, la scelta originaria dei valori, che positivizza nelle costituzioni i principi e i diritti fondamentali, è un atto originario, che appartiene a una dimensione pregiuridica, priva di vincoli normativi: quindi quell’atto è l’esercizio di un potere illimitato, in sostanza di un potere “selvaggio”, se prendiamo per buona l’equiparazione potere di fatto-potere illimitato-potere selvaggio. All’origine della conciliazione tra *voluntas* e *ratio*, tra Creonte e Antigone, abbiamo una decisione di Creonte (seppur benevola con Antigone): ora, al di là della discussione sulla reale natura dei *nomoi* che Antigone invoca (le eterne leggi infere della terra e del sangue, di cui sono custodi le Erinni) e sulla tenuta del paragone con il costituzionalismo (che ha invece una vocazione universalista in senso formale e astratto), sorge spontanea la domanda: e se Creonte avesse positivizzato altri “principi”? Cosa ci garantisce, nelle fondazioni costituzionali, l’incontro tra la decisione “selvaggio” di Creonte e i contenuti “miti” di Antigone? Cosa è davvero rilevante, nella decisione costituzionale che pone una costituzione

rigida, il dato formale della rigidità e della previsione di una sorte di superlegge, o il fatto che siano stati positivizzati quale nucleo indisponibile proprio quei contenuti – liberaldemocratici e sociali – che sono il frutto di un compromesso tra precise tradizioni storico-culturali e di lotte condotte da soggetti determinati? Allora sono i contenuti che vengono in primo piano nel momento in cui si valorizza la validità sostanziale delle costituzioni rigide, al punto da implicare una nuova forma di validità “statica”, che mette in discussione almeno in parte quella nomodinamica kelseniana, imponendo di distinguere tra validità di una norma e suo vigore. Se non sono le norme sulla produzione del diritto e la delegazione dell’autorità a determinare la validità (perché determinano solo la mera vigenza di un diritto illegittimo), bensì la corrispondenza a determinati contenuti, è evidente che questi contenuti vengono ad assumere uno statuto ambiguo, meta-positivo. Infatti, è vero che essi sono validi perché positivizzati nella costituzione, ma è anche vero che la loro ragion d’essere è rappresentata dal loro contenuto medesimo.

Anche sul piano della teoria della democrazia l’ambivalenza positivismo-sostanzialismo e le strategie per tenerli insieme comportano un prezzo da pagare, perché il super-positivismo costituzionale di Ferrajoli rischia di indebolire il positivismo democratico. Non c’è il rischio di uno scarto eccessivo, incolmabile, tra modello teorico e progetto politico? C’è un ponte sufficientemente solido tra queste dimensioni? Dove si colloca e di quale natura è? Inoltre vien da chiedersi: qual è il nucleo sostantivo della democrazia? Solo i diritti? O anche lo spazio della libera e inevitabilmente conflittuale elaborazione dei fini? Se la politica è politica dei fini, come fa a essere *politica dovuta*? La progettualità della politica costituzionale dei diritti esprime certamente una spinta propulsiva. Proprio per questo, se è concepita troppo nel senso di una necessità obbligatoria il cui nucleo essenziale è già definito, non c’è il rischio che le

risorse vivificatrici e mobilitanti e l'attivismo dei soggetti concreti necessari alla lotta per la realizzazione dei diritti deperiscano? Il costituzionalismo come progetto ha bisogno di politica (inevitabilmente esposta al conflitto e alla disputabilità), anche perché tocca interessi, redistribuisce risorse e potere, quindi non può essere eccessivamente accentuato l'aspetto di esecuzione vincolata. L'attuazione costituzionale è sempre un processo politico aperto. I vincoli costituzionali a mio avviso sono rigidi innanzitutto nello stabilire cosa non si può fare, nel fissare un'asticella minima. Per quanto riguarda invece la realizzazione dell'indirizzo costituzionale, poiché la costituzione fissa un orizzonte normativo, certamente può (dal mio punto di vista personale deve) essere fonte di ispirazione per l'azione politica, ma ciò non può significare predeterminazione rigida di politiche e scopi concreti né eliminazione della discrezionalità, che in una qualche misura è implicita nel potere autonomo di iniziativa politica (ad esempio, nella determinazione delle modalità di attuazione dei diritti, nella loro diversa graduazione, nel reperimento delle risorse ecc.). La politica – anche la politica costituzionale dei diritti – non può essere identica all'esecuzione garantistica di un precetto. Non è riducibile alla logica delle sanzioni negative e positive. Infine, c'è un interrogativo di fondo cui non si può sfuggire, che riguarda la natura della *promessa democratica come forma di vita*: essa certamente ha nei diritti un motore essenziale, ma è esaurita dalla loro garanzia, oppure la eccede, nel complesso delle ragioni e delle esperienze concrete che rendono possibile riconoscersi in un vincolo collettivo (che vanno al di là anche dei diritti)?

Un altro tema di grande rilievo affrontato nel libro di Ferrajoli è quello del rapporto tra costituzionalismo democratico e Stato nazione. Personalmente non sono convinto che il costituzionalismo postnazionale possa rappresentare la "terza tappa della modernità" (181 ss.), perlomeno non nel

senso di un processo lineare. La democrazia costituzionale si è sviluppata storicamente all'interno della forma-Stato, come Stato costituzionale di diritto, presupponendo l'omogeneità sufficiente e l'istituzionalizzazione stabile assicurate dallo Stato nazione (o degli Stati federali accentrati, su base multi-etnica). A mio avviso un costituzionalismo che ambisca ad andare al di là dei confini nazionali è possibile solo come costituzionalismo dal basso, come rivendicazione di diritti e contestazione di poteri su scala globale, non come ordinamento mondiale. Solo in questa prospettiva può essere utilizzabile la nozione di sfera pubblica globale (cui anche Ferrajoli fa riferimento), della quale per ora si sono manifestati embrioni e che può essere vista come un progetto da costruire agonisticamente. Questa diffidenza rispetto al costituzionalismo dall'alto nasce da due motivi collegati: in generale, l'edificazione di un compiuto sistema di garanzie ha sempre bisogno di un processo di istituzionalizzazione adeguato alle spalle, che non può non poggiare su un sostrato storico-politico solido e contesti stabili. Quindi ordinamenti postnazionali di tipo costituzionale sono possibili solo attraverso l'istituzionalizzazione di grandi spazi politici su tale livello. Inoltre, mi chiedo se la pluralità delle visioni ultime, e delle scelte politiche che ne conseguono, non implichi che quello mondiale resti un pluriverso di tradizioni e identità, mentre un ordine mondiale unitario non finirebbe per presupporre un'unità morale-razionale del genere umano, e quindi una qualche forma di oggettivismo etico. C'è un'implicazione tra la tesi della separazione tra diritto e morale e una concezione politicamente plurale del mondo globale (e del possibile ruolo del costituzionalismo in esso). È proprio la politicità del giuspositivismo democratico, anche nella sua versione costituzionale, a rendere problematica la prospettiva di un costituzionalismo mondiale dall'alto. Politicamente, l'umanità non può essere intesa come un'unica nazione o comunità, al di là del riferimento morale alla comune

appartenenza alla “famiglia umana”, che vale innanzitutto come monito e memoria di un tabù, quello della deumanizzazione (che peraltro, come si è visto nel dopo 1989, a dispetto dell’ubriacatura postideologica che da esso è scaturita, è sempre in agguato anche negli Stati di diritto occidentali).

L’aggancio “costituzionalismo dei diritti-democrazia” ha preservato il costituzionalismo dalla moralizzazione spoliticizzante (che è una sua insidia interna, se inteso non come progetto politico depositato nelle costituzioni, ma come normatività morale presuntivamente universale). A livello globale, se si determina lo sganciamento di queste due dimensioni – costituzionalismo dei diritti e politica dal basso – è facile che si inneschino strumentalizzazioni occidentaliste e derive neofondamentaliste. Allo stesso tempo, il paradosso della democrazia costituzionale è che la maggior parte delle sfide che la minacciano sono di natura globale, o di origine globale, mentre la sua dimensione è locale, territorialmente delimitata dai confini dello Stato nazionale (al limite federale), ciò che ne depotenzia la capacità di risposta. Il modello della democrazia attraverso i diritti di Ferrajoli, così come dello Stato democratico di diritto di Habermas, tiene ed è coerente come modello giuridico di ordine politico interno perché ha potuto contare su un contesto in cui fiorire e un terreno cui appoggiarsi (lo Stato moderno con le sue trasformazioni). Ma se questo non regge all’urto della globalizzazione neoliberista o si funzionalizza ad essa, è lo stesso paradigma della democrazia costituzionale a soffrirne, perché perde efficacia e viene sfigurato nella sua fisionomia. Quindi il paradosso attuale della democrazia costituzionale consiste nel fatto che dovrebbe andare al di là di se stessa, dei propri confini, e allo stesso tempo non ha i mezzi per farlo. Una sorta di autocontraddizione, perché la realizzazione delle sue finalità oggi richiederebbe la messa in discussione dei suoi presupposti, cosa che non è affatto detto sia possibile.

A mio avviso è illusorio pensare che la predisposizione di presidi efficaci del costituzionalismo sul piano internazionale e una riconversione radicale in questa direzione delle cosiddette istituzioni della globalizzazione (FMI, WTO, Banca mondiale ecc.) – tutti obiettivi assai problematici, allo stato – possano passare attraverso l’analogia domestica e il paradigma kelseniano del diritto internazionale monista. E questo non solo per ragioni pragmatiche contingenti, ma per ragioni teoriche, poiché quel modello implica una proiezione su scala mondiale del paradigma leviatanico. Questa operazione è aporetica, poiché postula condizioni di partenza e di contesto identiche rispetto al modello del contratto sociale, quando invece sono strutturalmente diverse (gli attori non sono individui ma popoli già organizzati in comunità politiche, l’unificazione in un unico ordinamento coattivo sancirebbe un assetto egemonico e gerarchico, minaccioso per l’uguale applicazione delle regole comuni, i rischi di omologazione forzata e dinamiche reattive caotiche sarebbero molto forti). Gli esiti sarebbero probabilmente tragici, certo molto diversi da quelli immaginati dal cosmopolitismo giuridico: come ha riconosciuto persino Habermas, il paradigma dell’analogia domestica è fuorviante, e questa valutazione è il punto da cui muovere se si vuole mantenere vivo un ragionamento sulle prospettive postnazionali del costituzionalismo. Ciò significa a mio avviso, prioritariamente, uno slancio culturale critico e azioni politiche agonistiche di opinioni pubbliche e movimenti anche transnazionali, in grado di contrastare duramente i poteri economici per imporne una qualche forma di limitazione concreta perlomeno su scala regionale, e non partire da un’improbabile giuridificazione globalistica calata egemonicamente dall’alto, per forza di cose condizionata dalla teologia economica imperante, di cui finirebbe per essere la “maschera costituzionale” (esattamente come sta accadendo con l’Unione Europea).

Ma ancora più ingenuo è pensare che possa essere il *rule of law*, proprio perché sganciato dalla dimensione dello Stato di diritto nazionale, a garantire i diritti (in particolare quelli sociali) e a fare da “freno” rispetto ai poteri economici globali: il rischio che la visione del *rule of law* come fattore capace, in quanto transnazionale e dalle radici premoderne, di assicurare la coesistenza e il bilanciamento di regimi di legalità diversi, sia più o meno consapevolmente la maschera mite della globalizzazione neoliberista e un corrispettivo delle ambiguità ideologiche della *governance* è alto. Se il costituzionalismo dei diritti ha un futuro a fronte della forza selvaggia del finanzia-capitalismo, questo è nelle soggettività concrete che dal basso lo assumano come strumento di pressione per una politica della globalizzazione alternativa. Insomma, un *katéchon* democratico globale non c'è. E i tentativi di rifugiarsi nella *governance*, nel *soft law*, nel *rule of law* possono rivelarsi, magari in buona fede, cavalli di Troia del paradigma neoliberale. L'unico possibile “freno” democratico rispetto al capitalismo globale sta nel rilancio delle lotte per i diritti e i beni fondamentali e, eventualmente, nella riattivazione del potere costituente dei popoli in forme inedite. Il nodo che si pone a questo punto è se tali spinte politico-costituzionali dal basso possano investire la rappresentanza e rigenerarla, con quali soggetti, con quali modalità organizzative.

Al di là di alcuni punti di dissenso dovuti alla tendenza di Ferrajoli a leggere la politica tutta dentro il recinto del diritto, condivido de *La democrazia attraverso il diritto* l'impostazione di fondo, critica tanto rispetto al paleo-positivismo quanto verso il costituzionalismo principialista. In un'ottica giuspositivista critica, consapevole della politicità del diritto, tanto più di quello democratico-costituzionale, a mio avviso non sono praticabili né fondamenti assoluti spacciati per inclusivi, né giuridificazioni discorsive della morale trascendentale, né impermeabilizzazioni

formali della teoria. L'unica fondazione possibile è politica. Questo non significa affatto consegna al nichilismo, ma riconoscimento della funzione dei conflitti e del ruolo delle soggettività, ricostruzione paziente dei nessi decisione-norma, attenzione ai presupposti pregiuridici degli ordinamenti. Il futuro della democrazia attraverso i diritti passa dalla qualità della cultura politica della società e dalla rinascita di soggetti collettivi e spazi pubblici non omologati.