

Pietro Costa¹

***I Principia iuris* di Luigi Ferrajoli**

Devo subito dichiarare le mie difficoltà: trovo difficile discutere *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli, non solo per la mia soggettiva inadeguatezza, ma anche per la natura dell'oggetto della discussione.

Quali sono le difficoltà che il lettore si trova di fronte? La difficoltà più ovvia sembra legata alle inusuali dimensioni del libro: in un mercato librario sempre più dominato dal modello dello *instant book* irrompe un'opera che si compone di due volumi in formato cartaceo, cui si aggiunge un terzo volume in formato CDrom. Il terzo volume da solo consta di 1002 pagine ed è quindi inferiore soltanto di una pagina a una precedente opera del medesimo autore, *Diritto e ragione*, che, come è stato più volte osservato, raggiunge un numero di pagine (1003) eguale al numero delle belle spagnole presenti nella celeberrima lista di Leporello. Se però al terzo volume aggiungiamo i primi due, ci accorgiamo che *Principia Iuris* supera di gran lunga, in numero di pagine, il totale delle conquiste di Don Giovanni in tutta la sua onorata carriera. Le donne di Don Giovanni sono infatti 2065; ma le pagine complessive di *Principia iuris* sono 2746: Don Giovanni è battuto, ma i potenziali lettori potrebbero sentirsi abbattuti.

In realtà, lo sconcerto sarebbe ingiustificato. Non perché le pagine non siano davvero tante, ma perché la concreta fruizione del libro non è affatto ostacolata dalla mole. Il terzo volume è destinato, come scrive l'autore stesso, a una consultazione, più che a una

¹ Pietro Costa insegna Storia del diritto nell'Università di Firenze. È socio dell'Accademia dei Lincei e Redattore dei *Quaderni fiorentini*.

lettura sistematica: vale come supporto e fondazione rigorosa degli enunciati presenti nei primi due volumi; e questi sono, sì, impegnativi, ma non respingono il lettore: che può percorrerli senza affaticarsi e annoiarsi nonostante la lunghezza dell'itinerario. Come è possibile camminare a lungo senza stancarsi? È possibile se siamo validamente sostenuti. E a sostenere il lettore intervengono alcune caratteristiche del libro: in primo luogo, l'ampiezza del ventaglio tematico (i più importanti temi dell'attuale dibattito politico-giuridico e teorico-giuridico vengono affrontati e sviscerati); in secondo luogo, la trasparenza dell'impianto strutturale, immediatamente comprensibile anche solo a una rapida scorsa dell'indice; in terzo luogo, il controllo puntiglioso delle definizioni e la chiarezza dell'argomentazione: un'argomentazione che avvince il lettore non con le lusinghe della retorica, ma con l'arte della definizione e della distinzione. Ci sono anche le formule, terrorizzanti per noi poveri nipotini di Croce; ma l'autore si affretta a tranquillizzarci avvertendoci che «tutte le formule sono tradotte e analizzate in linguaggio comune»; e questa promessa, formulata nella Prefazione, è effettivamente mantenuta in corso d'opera.

È facile dunque leggere *Principia iuris*: sempre che per 'leggere' si intenda non un frettoloso girovagare, non un saltabeccare casuale (oggi dovremmo dire un approccio *random*), ma un procedere lineare e sequenziale dall'argomento primo all'argomento ennesimo secondo l'ordine predisposto dall'autore. È facile leggere *Principia iuris*; ma, con apparente paradosso, proprio i motivi che rendono facile leggerlo rendono difficile discuterlo. La molteplicità dei temi affrontati contribuisce a tener desta l'attenzione del lettore, ma impedisce al commentatore una adeguata discussione di ciascuno di essi; la rigorosa consequenzialità delle argomentazioni (un *mos geometricus* per il XXI secolo) tiene avvinto il lettore, ma distoglie il critico dal soffermarsi su un singolo anello della catena argomentativa; infine, la persuasività del discorso produce (non so se su ogni lettore, ma certo su di me) un effetto deleterio: quello di costringere a essere quasi sempre d'accordo con l'autore; e questa è proprio la peggiore situazione in cui possa trovarsi chi è stato invitato a partecipare a una *discussione*, e non a una semplice *acclamatio*.

Denunciate tutte le mie difficoltà, proverò comunque a fare vio-

lenza all'inconsueta tunica argomentativa di *Principia iuris* richiamando l'attenzione solo su alcuni dei tanti temi che la compongono.

Un aspetto che vorrei sottolineare è il legame – dichiarato dall'autore – con un'idea che possiamo far risalire a Austin: l'idea di una filosofia o teoria del diritto che vuol essere generale non perché separata da ogni contingenza storica, ma perché costruita, per generalizzazioni e astrazioni, a partire da un ordinamento o meglio (come raccomandava Austin) da più ordinamenti positivi. Anche *Principia iuris* ruota intorno a un insieme di ordinamenti fra loro affini: gli ordinamenti costituzionali creati in Italia e in Europa occidentale nel secondo dopoguerra; l'ordinamento internazionale sviluppatosi a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Sono questi ordinamenti il dato giuridico-positivo dal quale Ferrajoli estrae il suo scintillante modello normativo. Il costituzionalismo americano resta, mi sembra, più sullo sfondo.

La costruzione del modello non ha un carattere auto-referenziale, ma produce effetti in più direzioni: svolge una funzione di igiene linguistico-concettuale, offrendo al lettore un lessico teorico chiaro e univoco; nasce per astrazione dagli ordinamenti positivi, ma si presta a valere come strumento di decifrazione e di controllo della logica interna a essi; permette operazioni di comparazione diacronica, di raffronto con ordinamenti e culture giuridiche del passato.

La prestazione più intrigante del modello è però forse un'altra: quella di accogliere e al contempo trasformare l'eredità del positivismo giuridico. Lo stile di pensiero di Luigi Ferrajoli è saldamente ancorato a questa tradizione e a essa, direttamente o indirettamente, devono essere ricondotte alcune scelte di fondo del nostro autore: l'opzione anti-giusnaturalistica (la negazione della possibilità di derivare la norma da una soggiacente 'natura umana'), la posizione anti-cognitivistica (il rifiuto dell'etica come un sistema di valori oggettivamente 'veri') e infine la scelta di un approccio normativistico anziché realistico-sociologico. Il modello normativo elaborato da Luigi Ferrajoli non vuole quindi avere a che fare con giudizi di valore e con scelte ideologico-politiche: il suo referente è un ordinamento – una rete di norme, di diritti, di doveri, di poteri ecc. – costruito dagli individui per gli individui.

Da un lato i principi del diritto, dall'altro lato i principî della politica: il giuspositivismo deve mantenersi fedele a questa distinzio-

ne, ma deve anche fare i conti con la decisiva novità introdotta dalle costituzioni del secondo dopoguerra; che trasformano i principi politici (proprio quei principi – libertà, eguaglianza – intorno ai quali e in nome dei quali erano divampati i grandi conflitti della modernità) in principi giuridici, anzi nei fondamenti stessi dei nuovi ordinamenti.

La distinzione categoriale fra diritto e politica (e fra teoria giuridica e filosofia politica) resta intatta, ma il mutamento dell'oggetto si riflette in qualche misura sul modello: che in quanto teoria di ordinamenti democratico-costituzionali non può non includere come proprie componenti i grandi principi politici della modernità, senza per questo venir meno alla sua vocazione giuridico-normativa. Potrei dire che, da questo punto di vista, la teoria della democrazia costituzionale, cui attende il secondo volume dell'opera, è, al contempo, il punto di partenza e il fine immanente di *Principia iuris*; un fine che richiede però, per essere raggiunto, l'imponente sviluppo della sintassi teorica cui il primo volume è dedicato. La teoria della democrazia presuppone una teoria del diritto (il diritto può esistere senza democrazia – scrive Luigi Ferrajoli – ma non la democrazia senza il diritto). Democrazia e diritto, dunque; e in particolare democrazia e diritti. Un assunto centrale di *Principia iuris* è infatti proprio il nesso di complementarità fra la prima e i secondi.

Questa tesi, come sappiamo, non è pacifica. Per intendere il senso di una possibile tensione fra democrazia e costituzionalismo dobbiamo riportarci al contesto nel quale vedono la luce le democrazie del secondo Novecento: esse sono animate dal pathos antitotalitario del dopoguerra, sono immerse in un clima (*lato sensu*) giusnaturalistico, sono dominate dall'esigenza di porre al centro i diritti e sottrarli all'egida del potere statale. Il clima giusnaturalistico del dopoguerra si dissolve rapidamente, ma resta fermo, nel neocostituzionalismo, l'assunto che i diritti devono essere posti al riparo delle decisioni di qualsivoglia maggioranza parlamentare. Nasce da questo assunto il sospetto che diritti e democrazia siano i poli di una tensione non risolta: da un lato, la volontà onnipotente del *demos*, condizione di legittimità di un ordine che si voglia democratico; dall'altro lato, l'intangibilità dei diritti fondamentali. Potremmo pensare all'ennesima incarnazione dell'antica contrapposizione fra *ratio* e *voluntas*.

Diritti vs. democrazia, dunque? Al contrario, per Luigi Ferrajoli i diritti, lungi dall'essere in tensione con la democrazia, ne sono la condizione di possibilità. La democrazia di cui parla il nostro autore non è infatti né la democrazia degli antichi né la democrazia dei moderni. L'ombra di Rousseau, che si allargava anche sulle immagini di democrazia radicale circolanti nell'Ottocento, si arresta alle soglie della democrazia costituzionale; una democrazia che al monismo del *demos* sostituisce il pluralismo dei soggetti e dei gruppi. Nella democrazia pluralistica del neocostituzionalismo tardo-novecentesco, e quindi anche nella democrazia tematizzata da *Principia iuris*, non c'è il *demos*, il popolo-unità, il popolo corpo sociale, detentore, in quanto entità "totale", di una sovranità onnipotente e assoluta. Ha quindi buon gioco Luigi Ferrajoli nel ricondurre la sovranità popolare non a un *demos* unitario, ma a una somma di individui e nel presentare questi ultimi come i titolari di diritti fondamentali. Ancora una volta, democrazia e diritti si chiudono in un circolo perfetto.

Si tenga presente anche che la democrazia di cui parla il nostro autore non ha niente a che fare con la retorica della rappresentanza come partecipazione. Il giuspositivista Ferrajoli, come il suo grande predecessore Kelsen, è in questo caso tributario delle analisi "realistiche" della tradizione élitistica: che da Mosca a Michels, a Schumpeter ha dimostrato che il potere appartiene non già al popolo o a "tutti", bensì ai pochi, alle *élites*, mentre il meccanismo rappresentativo è semplicemente un metodo efficace per la formazione della classe dirigente (per la «selezione dei capaci», come aveva già affermato Vittorio Emanuele Orlando), oltre che per un suo ricambio agevole e indolore. La democrazia non rinvia allora al popolo che decide: rinvia a una somma di soggetti titolari dei diritti a essi imputati dall'ordinamento democratico-costituzionale. I diritti, lungi dall'essere in tensione con la democrazia, ne sono le strutture portanti e le regole costitutive.

Intorno all'asse diritti-democrazia si sviluppa una buona parte del lavoro analitico di Luigi Ferrajoli; un lavoro che quasi in ognuno dei suoi passaggi riesce a conseguire risultati importanti e a offrire preziosi chiarimenti concettuali. Si pensi ad esempio alla limpida definizione formale dei diritti fondamentali e alle due distinzioni di seguito introdotte: fra diritti personali e patrimoniali; e fra diritti della persona e del cittadino.

Grazie alla prima distinzione viene evidenziata e criticata la confusione di piani di cui si era resa responsabile la tradizione liberale: che unificava sostanzialmente e investiva della stessa aura di intangibilità tanto la dimensione attiva e appropriativa del soggetto quanto i concreti effetti o risultati dell'attività individuale. Grazie alla seconda distinzione (fra diritti della persona e diritti del cittadino) Ferrajoli è in grado di attaccare la fortunata categoria marshalliana di "cittadinanza"; una categoria che unifica indebitamente – questa è la principale obiezione del nostro autore – classi di diritti concettualmente distinte: i più diversi diritti – i diritti di libertà come i diritti politici, i diritti sociali come i diritti patrimoniali – vengono promiscuamente ricondotti a un unico contenitore, appunto la cittadinanza, con il risultato di confondere le loro caratteristiche essenziali.

Ancora una volta, il chiarimento concettuale promosso da *Principia iuris* è ineccepibile. Converrà tuttavia spendere qualche parola a favore del povero Marshall, che esce piuttosto malconco dal vaglio analitico cui lo sottopone Ferrajoli. In effetti, Marshall ha torto se lo si guarda dal punto di vista del teorico del diritto per il quale sono determinanti la definizione e la distinzione delle categorie impiegate. Occorre però tener presente che Marshall non è un filosofo del diritto, un analista del linguaggio normativo, ma è un sociologo, interessato non alla costruzione di un modello normativo, ma alla comprensione dell'effettiva condizione socio-giuridica e politico-giuridica nella quale si vengono a trovare determinati soggetti in un contesto dato. L'impiego di un unico termine – cittadinanza – come termine di riferimento per tutti i diritti, allora, non risponde a un'esigenza definitoria e classificatoria nei confronti dei diritti stessi, ma serve piuttosto a sottolineare l'impatto che le *policies* di una determinata organizzazione socio-politica esercitano sulla condizione (complessivamente considerata) dei soggetti che vi appartengono, quali che siano i fondamenti volta a volta invocati per assegnare a essi determinati diritti. Quelle distinzioni, che non sono decisive nel quadro di un'analisi storico-sociologica, divengono invece centrali all'interno della teoria giuridico-analitica sviluppata da *Principia iuris*; vorrei dire anzi che è proprio il gioco sapiente tanto delle distinzioni quanto delle connessioni categoriali a fare del modello costruito da Luigi Ferrajoli non solo un monolite

tetragono a ogni tentativo di demolizione, ma anche uno strumento agile ed efficace nell'impostazione delle questioni più tormentate del dibattito attuale.

Accenno soltanto a due momenti dove il regime delle distinzioni e delle connessioni rivela tutta la sua efficacia. Mi riferisco in primo luogo alla distinzione fra diritti non decidibili e diritti decidibili. L'espressione può suonare provocatoria nei confronti di un giurista o di un politologo schmittiano: oserei dire che una siffatta scelta lessicale ha qualcosa di malizioso (non saprei se involontariamente o volontariamente malizioso) nei confronti di una visione politico-giuridica convinta della radicale dipendenza della norma dal potere, da una "volontà" "decidente" e "decisiva". In realtà, la indecidibilità dei diritti fondamentali non è per Ferrajoli un postulato metafisico o cripto-giusnaturalistico: è al contrario la conseguenza giuridica di un modello che egli chiama contrattualistico. Le costituzioni – scrive il nostro autore – «altro non sono che contratti sociali in forma scritta e positiva: patti di convivenza civile generati storicamente [...]» (I, p. 823). Potremmo ricorrere, per intendersi, a una sorta di periodo ipotetico: *se* creiamo contrattualmente un ordine caratterizzato dal rispetto dei diritti fondamentali, *se* optiamo per un assetto democratico-costituzionale, *allora* esso non potrà che essere strutturato intorno a una rete di diritti (assunti come) immodificabili, indecidibili e impegnativi per tutti e per ciascuno.

È il complesso dei diritti non decidibili che imprime alla democrazia costituzionale il suo più peculiare carattere. E sono le distinzioni introdotte fra le diverse classi di diritti che permettono di individuare le diverse dimensioni della democrazia: da un lato, i diritti di libertà e i diritti sociali, dall'altro lato, i diritti politici e i diritti civili; da un lato, la dimensione sostanziale della democrazia, dall'altro lato, la sua dimensione formale. Combinando variamente i diversi indicatori è possibile distinguere fra diversi tipi di democrazia, rimanendo fermo però che si ha democrazia costituzionale (la democrazia di cui *Principia iuris* fornisce la teoria rigorosa) quando tutte e quattro le dimensioni della democrazia (la democrazia politica, civile, liberale e sociale) sono compresenti.

È facile accorgersi come il modello ferrajoliano si ponga elegantemente al di là delle contrapposizioni che più hanno affaticato

il dibattito novecentesco. Mi limito a indicare la più celebre: la contrapposizione fra diritti di libertà e diritti sociali. Ha fatto scuola a lungo la brillante de-costruzione (vorrei dire de-costituzionalizzazione) portata avanti da Schmitt come interprete della costituzione di Weimar (la costituzione che ha per prima accolto al suo interno i diritti sociali): i diritti sociali – questo è in sintesi il ragionamento di Schmitt – ancorché costituzionalizzati, non hanno una rilevanza paragonabile ai diritti di libertà; questi infatti e solo questi valgono assolutamente e senza condizioni, mentre i diritti sociali, in quanto soddisfacibili solo *sub condicione*, in ragione delle risorse disponibili, hanno una valenza più debole e soltanto “programmatica”. Ancora Calamandrei (almeno il Calamandrei costituente) vorrebbe relegare i diritti sociali nel limbo delle buone intenzioni, nel ghetto di un “preambolo” antecedente ai veri e propri, e vincolanti, dispositivi costituzionali. Il modello delineato da *Principia iuris* si lascia alle spalle queste controversie e assume entrambe le classi di diritti (i diritti di libertà come i diritti sociali) come determinanti per l’esistenza della democrazia costituzionale: lo *habeas corpus* è dovuto ai cittadini non meno dell’istruzione o della sussistenza.

Democrazia liberale e sociale; democrazia politica e democrazia civile: intorno a questo modello che Ferrajoli chiama quadridimensionale di democrazia si sviluppa il secondo volume di *Principia iuris*. È impossibile, non dico discuterne i singoli aspetti, ma anche solo enumerarli tutti. Mi limiterò a ricordare, in ordine sparso e casuale, solo alcuni fra i tanti temi affrontati.

Vorrei menzionare il tema del “costituzionalismo di diritto privato”: un tema, assai trascurato, che nasce dalla consapevolezza che gli attentati ai diritti fondamentali provengono non soltanto dallo Stato, ma anche dalla società, non solo dal sovrano temuto da Locke e da Constant, ma anche da soggetti “privati” spesso più invasivi e incontrollati dei poteri pubblici. Né, peraltro, nemmeno storicamente la sfera privata si è proposta sempre e comunque come il regno della libertà, non dico nell’antico regime, ma nemmeno nel vicino Ottocento. Si pensi alla famiglia e ai rapporti di lavoro: alla famiglia, capace di mantenere ancora nell’Ottocento e nel primo Novecento quella struttura gerarchica e potestativa definita (vorrei dire una volta per tutte) da Aristotele nella sua *Politica*; ai

rapporti di lavoro, che nascono da un contratto (e vengono presentati come l'espressione della trionfante libertà dei privati), ma generano rapporti rigidamente gerarchici e tendenzialmente dispotici. Su tutto ciò le pagine di *Principia iuris* sono felicemente chiarificatrici.

Vorrei ricordare l'attenzione rivolta, all'interno del capitolo dedicato alle libertà, alla meno garantita fra queste: la libertà di movimento; una libertà che oggi entra in rotta di collisione con le esigenze auto-difensive dei vari ordinamenti socio-politici e tende a essere di conseguenza sacrificata o compressa in nome della sicurezza dei membri "interni" agli ordinamenti stessi. E al capitolo della libertà e della garanzia appartiene, nella prospettiva di Ferrajoli, il diritto penale, presentato come un fondamentale e delicatissimo strumento di tutela dei soggetti (di tutti i cittadini prima della commissione del reato, dell'imputato durante il processo, del condannato durante l'esecuzione della pena). Vorrei infine accennare all'estensione del modello di democrazia costituzionale dal singolo ordinamento all'ordinamento internazionale, alla luce di un'antitesi, in qualche modo fondativa dell'ordinamento stesso, che è l'antitesi fra guerra e diritto.

Mi rendo conto che ho appena menzionato, e non analizzato, temi fondamentali (e non ho nemmeno nominato altri argomenti di pur grande rilievo). Ma c'è di più: fino a questo momento ho parlato di *Principia iuris* come di un'impresa votata alla costruzione di un modello giuridico-normativo: una teoria generale (in senso austriano) delle odierne democrazie costituzionali. In realtà, però, questa linea argomentativa, che pure è una struttura portante del discorso sviluppato dal nostro autore, non lo esaurisce. Luigi Ferrajoli infatti non si limita a costruire un modello normativo; si interroga anche sul rapporto fra la teoria e la prassi, mette in contatto e in contrasto ciò che *dovrebbe* essere con ciò che è, si chiede insomma quale sia il grado di effettività attribuibile al suo quadridimensionale modello di democrazia e ai diritti di cui esso si compone.

Il lettore è quindi condotto a confrontarsi con due livelli discorsivi distinti, ma al contempo onnipresenti nell'opera, e particolarmente evidenti nel secondo volume di *Principia iuris*. La conseguenza è indubbiamente singolare, sul piano retorico (sul piano della concreta organizzazione del discorso e degli effetti da esso prodotti

sul suo destinatario): il lettore ascolta simultaneamente due voci, dal timbro nettamente diverso. C'è una voce alta, cristallina, imperturbabile, che attende alla costruzione (*more geometrico*) del modello normativo; ma questa voce si spezza e si interrompe per dare spazio a una voce diversa, a una diversa melodia, che dimostra la drammatica (e spesso crescente) deriva della prassi, sempre più distante dalle previsioni normative. Si è appena dimostrata, ad esempio, la necessità di un diritto penale minimo, coerente con le caratteristiche essenziali del modello normativo, che il canto si interrompe e viene avanti una diversa e drammatica melodia che ci racconta il crescente successo delle politiche securitarie; si illustra la doverosità (normativa) di un costituzionalismo planetario, ma di nuovo il canto si spezza e interviene l'amara denuncia dell'onnipotenza delle multinazionali e dell'impotenza dell'Onu. La sapiente tessitura costruita da Luigi Ferrajoli adotta insomma una tecnica che gli antichi polifonisti chiamavano *ochetus* (o *truncatio*): la frequente, alterna, interruzione delle voci di un brano musicale, che risulta quindi costantemente spezzato fra due diverse linee melodiche.

Due discorsi nettamente distinti si intrecciano nel testo senza che la coerenza complessiva venga scalfita. L'ineccepibile distinzione fra dover essere ed essere impedisce la confusione delle due voci e rende epistemologicamente inattaccabile la loro compresenza. Ed è peraltro proprio la loro compresenza a togliere al testo ogni parvenza di algida astrattezza facendo capire a ogni pagina che la definizione dei diritti è un gioco tremendamente serio, collegato ai bisogni e alle aspirazioni vitali degli esseri umani.

Non in uno ma in due livelli discorsivi si articola dunque *Principia iuris*. Mi chiedo però – ed è una domanda non retorica che impiego come formula di chiusura – se non sia possibile rintracciare in questa opera addirittura un terzo livello discorsivo: un livello in cui l'autore non si limita a costruire un modello giuridico-normativo, ma aggiunge, come Dio nei confronti del mondo da lui creato, che quel modello è “buono”. Mi sembra insomma che fra le righe di *Principia iuris* emerga anche un momento progettuale, valutativo, politico, affiorino frammenti di una filosofia politica (e forse addirittura di un'antropologia filosofica) difficilmente confinabili nello spazio avalutativo di una teoria generale del diritto. La democrazia costituzionale non sarebbe allora semplicemente un