

Intervista a Luigi Ferrajoli

Alfonso García Figueroa*

L'epoca dei giudici

Alfonso García Figueroa (AGF):

La tua carriera è quella di un accademico, e tuttavia hai ricoperto anche il ruolo di giudice (1967-1975). Che ricordo conservi di questa esperienza con il diritto vivente?

Sotto quali aspetti e in che misura ritieni che questa circostanza ha influito sulla tua concezione generale del diritto?

Luigi Ferrajoli (LF):

Si è trattata di un'esperienza decisiva nella mia formazione. Ho iniziato il mio lavoro di giudice quando già da qualche anno mi ero impegnato negli studi di teoria del diritto, di logica e di metodologia della scienza, con una forte inclinazione all'astrazione (fu in quegli anni che avviai, sotto la guida di Norberto Bobbio, il progetto di una teoria assiomatica del diritto, di cui pubblicai un rudimentale frammento nel 1965 e uno più esteso nel 1970). Il lavoro di giudice – come pretore, sia civile che penale – mi riportò rapidamente con i piedi per terra. Innanzitutto, come è ovvio, per l'esperienza pratica dell'applicazione della legge, con tutti i problemi e le scelte che essa comporta. In secondo luogo perché ebbi la ventura di fare quell'esperienza negli anni della contestazione sessantottesca, che furono anche, in Italia, anni di profonda trasformazione della cultura dei giudici. Partecipai, proprio negli anni sessanta, alla fondazione di "Magistratura Democratica", un'associazione di giovani giudici impegnati nella riflessione critica sul loro ruolo, sul cui esempio si costituì in Spagna negli anni settanta, per merito tra gli altri di Perfecto Andrés Ibáñez, "Justicia democrática", poi divenuta "Jueces para la democracia". Il nostro impegno si rivolse principalmente all'analisi e alla critica delle quotidiane ingiustizie in danno soprattutto dei soggetti più deboli, nonché dei profili di incostituzionalità del nostro ordinamento, nel quale convivevano la costituzione del 1948 – tra le più avanzate del tempo – e una legislazione ancora in larga parte fascista. Fu su questa base che allora contestammo il tradizionale modello del giudice come *bocca della legge*, reso impraticabile dalla divaricazione e contraddizione tra costituzione e legge ordinaria, e teorizzammo il ruolo della giurisdizione come funzione di garanzia dei diritti fondamentali stabiliti nella carta costituzionale.

* Luigi Ferrajoli (Firenze, 1940) è professore ordinario di filosofia del diritto nell'Università Roma Tre. A. García Figueroa è professore associato (titular) di filosofia del diritto nell'Università di Castilla-La Mancha (Toledo, Spagna). Questa intervista si è conclusa il 28 agosto del 2004 ed è stata pubblicata nel volume collettaneo *Garantismo*, a cura di Miguel Carbonell, Madrid, ed. Trotta. Sarà inoltre pubblicata, in spagnolo, nel primo numero della nascente rivista "Derechos y Garantías" che si ringrazia, insieme ai proff. Ferrajoli, Figueroa e Carbonell, per la collaborazione. Traduzione italiana di G. Maniaci.

AGF: *In questi ultimi decenni si nota un rafforzamento istituzionale degli organi giurisdizionali nella cultura giuridica europea continentale e sudamericana. Si ha l'impressione che il fenomeno abbia a che vedere con il nuovo ruolo assunto da chi applica il diritto negli Stati costituzionali. In che misura e per quale ragione si indebolisce il principio democratico di fronte a tale trasformazione? Che dovremmo fare per allentare la tensione tra democrazia e diritti fondamentali?*

LF: L'espansione del ruolo e degli spazi della giurisdizione è un effetto dell'espansione del diritto (e dei diritti) quale tecnica di regolazione e di limitazione dei poteri. Quanto più si estendono i limiti e i vincoli giuridici imposti ai poteri e, per altro verso, i poteri cui sono imposti limiti e vincoli giuridici, tanto più si amplia lo spettro delle possibili violazioni – degli atti virtualmente illeciti o invalidi – e perciò il ruolo dell'intervento giudiziario diretto ad accertarle e a sanzionarle o ripararle. La crescita di questo ruolo è insomma un portato inevitabile dell'estensione dello Stato di diritto, cioè della soggezione dei poteri al diritto, e insieme il segno dell'effettività che ho chiamato «secondaria» delle sue norme (rispetto all'effettività «primaria», consistente nella loro osservanza). L'unica specificità dello stato costituzionale di diritto è che con esso la regolazione e la limitazione del potere si sono estese alla funzione legislativa e, più in generale, ai poteri rappresentativi, nei quali si esprime la democrazia politica.

La dimensione politica è però, a mio parere, soltanto una delle dimensioni della democrazia – la dimensione formale, relativa alle forme rappresentative (del chi) e maggioritarie (del come) della produzione normativa – cui il costituzionalismo rigido ha aggiunto una dimensione sostanziale: quella appunto dei limiti e dei vincoli dettati dai diritti fondamentali, relativa ai contenuti delle norme prodotte, cioè a ciò che non deve e a ciò che deve essere deciso da qualunque maggioranza. Sotto questo aspetto i diritti fondamentali – «universali» in quanto conferiti a tutti perché persone e/o cittadini e/o capaci d'agire – sono certamente un limite alla democrazia politica e alla sovranità popolare: il limite dell'in-decidibile (che o che non). Ma sotto un altro aspetto essi ne disegnano le forme e le dimensioni, quali altrettanti frammenti della sovranità popolare in capo a tutti e a ciascuno: non solo la dimensione liberale, generata dai diritti di libertà, e quella sociale, generata dai diritti sociali, ma anche quella politica, generata appunto dall'universalità dei diritti politici. Senza l'inviolabilità dei diritti fondamentali da parte delle maggioranze non si darebbe democrazia: neppure la democrazia politica, che non solo consiste nell'esercizio di quella specifica classe di diritti che sono i diritti politici, ma può ben essere soppressa insieme a tutti gli altri diritti fondamentali, come hanno mostrato le esperienze fasciste del primo Novecento in Italia e in Germania, dalle contingenti maggioranze politiche.

Tra democrazia e diritti fondamentali, in breve, esiste, assai più che tensione, un nesso biunivoco: la democrazia si definisce e si declina, nelle sue diverse dimensioni, attraverso altrettante classi di diritti fondamentali. E il medesimo nesso esiste tra giurisdizione e democrazia. Per un verso la giurisdizione, ordinaria e costituzionale, altro non è che l'applicazione della legge, cioè della volontà popolare quale si è espressa democraticamente nelle leggi ordinarie e in quelle costituzionali. Per altro verso, proprio perché applicazione della legge, essa è una funzione di garanzia della legalità democratica, e in particolare dei diritti fondamentali, intervenendo non già negli spazi legittimi della politica, ma sui suoi spazi illegittimi, quali risultano dagli atti illeciti o invalidi dei titolari dei pubblici poteri.

AGF: *Figure come Antonio Di Pietro e Ilda Boccassini in Italia; Marino Barbero e Baltasar Garzón in Spagna o Juana Méndez e Gertrudis Arias in Nicaragua sono esponenti diversi di un fenomeno crescente di protagonismo dei giudici nella società. Qual è la tua interpretazione delle cause di questa tendenza e qual è il tuo giudizio relativamente alla situazione attuale?*

LF: L'operato di questi giudici è soprattutto un segno di effettività secondaria, se non primaria, dello stato di diritto: delle sue norme secondarie o processuali, la cui applicazione è predisposta nel caso di ineffettività delle sue norme primarie o sostanziali. Si capiscono le reazioni di insofferenza degli esponenti politici, assuefatti a una lunga tradizione di impunità. Non si capiscono invece i loro argomenti, a cominciare dall'accusa di politicizzazione. Questa accusa va rovesciata. I giudici hanno smesso di fare politica nel momento in cui hanno cominciato ad applicare la legge anche ai potenti, cioè a prendere sul serio il principio di uguaglianza e il loro ruolo di applicazione e soggezione soltanto alla legge.

Tutt'altro discorso richiedono il protagonismo dei giudici nel senso deteriore di esibizionismo, che ovviamente contrasta con elementari principi di deontologia giudiziaria, e soprattutto il giudizio sulla conduzione di taluni processi contro esponenti del mondo della politica e dell'economia. In questi processi abbiamo talora assistito a gravi e molteplici violazioni delle garanzie processuali. E il fatto che queste violazioni siano largamente inferiori a quelle commesse comunemente in tutti gli altri processi non rappresenta affatto una giustificazione. Sempre, e più che mai in questi processi, se non altro per l'attenzione ad essi riservata dai media, ogni caduta di garanzia, ogni condanna di un innocente è anche una condanna della giurisdizione, che essi hanno l'effetto di screditare e delegittimare. Ed è stato un segno di miopia e di regressione delle associazioni dei magistrati non averle di volta in volta severamente stigmatizzate.

Concezioni del diritto e metodologia giuridica

AGF: *In uno dei tuoi lavori parli di una «strana gerarchia di nobiltà» che alcuni giuristi condividono:*

«Primo, il diritto civile, dopo, il diritto pubblico, successivamente il penale, e solo alla fine il diritto e la pratica giudiziale. Come se, quanto più il diritto risulta contaminato dalla violenza e quanto più incerta è la sua legittimazione, tanto meno studio e riflessione teorica e assiologica meriti (...)» (Ferrajoli 2000, 109-110)

Data la prospettiva profondamente concettuale che adottano la teoria e la filosofia del diritto in generale, come si potrebbero interpretare le tue parole in relazione a queste due nobili discipline?

LF: Temo che le due nostre nobili discipline si collochino al vertice della gerarchia delle nobiltà disciplinari, e proprio per questo siano spesso inclini ad ignorare la legalità violenta e le prassi illegali di cui parlo nell'articolo da te ricordato.

AGF: *La tua teoria del diritto si muove all'interno della tradizione positivista e della tradizione analitica, tuttavia, allo stesso tempo, elabora un modo nuovo di rappresentare il diritto, una nuova visione in fieri, alla quale tu stesso ti riferisci come «paradigma del costituzionalismo» (Ferrajoli 1999, 22).*

Cosa rimane della tradizione positivista e della filosofia di orientamento analitico nell'attuale panorama giusfilosofico, particolarmente in Italia? E, dall'altro lato, qual è la relazione fra la tua teoria e quelle di autori neocostituzionalisti come Alexy, Dworkin o Nino?

LF: Il paradigma costituzionale da me teorizzato altro non è che il paradigma delle odierne democrazie costituzionali, strutturalmente diverso da quello paleo-giuspositivistico dello stato legislativo di diritto ma non meno, anzi ancor più ancorato al principio giuspositivistico di legalità. Esso equivale, come ho scritto più volte, a un completamento così dello Stato di diritto come del positivismo giuridico, comportando da un lato la soggezione alla legge (e al diritto) anche del potere legislativo, che in regimi privi di costituzioni rigide è un potere assoluto, e dall'altro la positivizzazione anche del “dover essere” del diritto, cioè delle scelte sostanziali cui il legislatore ordinario deve uniformarsi a pena di invalidità, stipulate quali norme positive in quei patti di convivenza che sono le costituzioni.

Distinguerai tra i tre autori da te citati. Il tendenziale giusnaturalismo riscontrabile nelle loro tesi ha spiegazione diverse. In Dworkin si spiega con il fatto che egli scrive avendo come principale riferimento sistemi di *common law*, entro i quali il principio di legalità è meno esclusivo che nei nostri ordinamenti ed inevitabilmente più ampio è il ruolo normativo e innovativo della giurisprudenza. In Nino e, soprattutto, in Alexy, ho l'impressione che sia ravvisabile una sorta di cognitivismo etico o, quanto meno, la sostanziale negazione della separazione tra diritto e morale che del positivismo giuridico rappresenta un corollario.

AGF: *A proposito della tradizione analitica, in Ferrajoli 2000 (pag. 51) leggiamo:*

«(...) fin dai suoi inizi la filosofia giuridico-analitica italiana è stata tanto avanzata sul piano filosofico e metodologico quanto relegata su un piano teorico-giuridico».

Suppongo che desidereresti che questi giusfilosofi fossero più “giuristi-filosofi” che “filosofi-giuristi”, per usare l'espressione di Bobbio. In che misura la filosofia del diritto di orientamento analitico è responsabile della distanza che separa gli studiosi di teoria del diritto e la dogmatica giuridica?

LF: Nel testo da te richiamato ho lamentato la distanza tra la teoria del diritto e le discipline giuridiche positive, dovuta principalmente a due fattori. Il primo è la formazione culturale della maggior parte dei nostri teorici del diritto, sforniti di solito di adeguate culture giuridiche specialistiche. Con alcune importanti eccezioni – penso per esempio, in Italia, a Giovanni Tarello e a Riccardo Guastini – i nostri teorici hanno scarse e solo occasionali frequentazioni con la letteratura dogmatica e ancor meno con la pratica del diritto. Il secondo fattore, legato al primo, è una certa involuzione scolastica e autoreferenziale della nostra filosofia gius-analitica, impegnata soprattutto su questioni meta-teoriche o su temi di logica deontica che non riescono a coinvolgere l'interesse dei giuristi positivi.

AGF: *La storia del pensiero giuridico occupa un ruolo importante nelle tue opere (per esempio, Ferrajoli 1996a). E tuttavia, la filosofia del diritto analitica suole mostrare una certa indifferenza di fronte a questa dimensione. Qual è la tua idea in merito?*

LF: Anche su questo terreno non vanno sottovalutate le molte eccezioni: mi limito a ricordare, in Italia, i contributi di Giovanni Tarello, di Paolo Comanducci, di Mauro Barberis e, prima ancora, di Norberto Bobbio. Si pensi inoltre ai tanti scritti storico-politici di Ernesto Garzon Valdés. Condivido tuttavia il tuo giudizio sullo scarso interesse mostrato dagli studi di teoria e di filosofia analitica del diritto per la storia del pensiero giuridico e, soprattutto, del diritto e delle istituzioni. È un disinteresse, mi sembra, che si spiega con lo stesso deficit di empirismo che è alla base dello scarso interesse per la dogmatica e la pratica giuridica.

AGF: *Nemmeno la questione dell'ideologia del diritto sembra avere molto successo tra questi autori. Ciò non significa che non le attribuiscono importanza, come si deduce dai lavori di Scarpelli, Tarello o Wróblewski. E tuttavia, guardando più attentamente, sembra che il semplice riconoscimento di tale rilevanza non determini ulteriori passi in avanti. Si enuncia il problema senza trattarlo.*

LF: Sono d'accordo. Le ideologie e i giudizi di valore vengono di solito evidenziati solo per essere esorcizzati. Esiste, nella nostra filosofia gius-analitica, e più in generale nella cultura giuridica, una sorta di timor panico per le *ideologie*, intese per di più nel senso più lato, inclusivo di qualunque valutazione critica del diritto positivo identificata comunque come un segno di non *scientificità*. È il lascito – a mio parere *ideologico*, nella misura in cui impedisce di riconoscere quanto meno il carattere convenzionale, frutto perciò di scelte, delle nostre assunzioni e definizioni teoriche – di una triplice tradizione: la teoria pura di Hans Kelsen, il radicalismo verificazionista del primo neopositivismo logico, la concezione pandettistica della dottrina giuridica come scienza autonoma, immune da contaminazioni sociologiche o politologiche. Questa rigida epistemologia ha spesso portato i nostri studi a ignorare la dimensione pragmatica della teoria del diritto: una dimensione che è comune a tutte le teorie empiriche, e che è tanto più rilevante nella teoria del diritto, la quale non si occupa del movimento degli astri ma di quell'artificio costruito dagli uomini – e dalle loro stesse teorie – che è il diritto positivo. Ne è risultato altresì, in molti casi, un disimpegno civile e politico dei nostri studi intorno ai nessi tra democrazia e diritto, in contrasto, tra l'altro, con l'insegnamento dei nostri maestri, dallo stesso Kelsen a Norberto Bobbio.

AGF: *Prima abbiamo parlato di ciò che rimane della filosofia analitica del diritto. In un senso analogo, cosa ci rimane del marxismo? Nella cultura giuridica italiana la tradizione critica nei confronti dello Stato borghese è passata dall'uso alternativo degli anni '60-70 al garantismo degli '80-90.*

LF: Il rapporto di molti di noi con il marxismo è stato ed è tuttora ambivalente. Penso, da un lato, che il pensiero democratico abbia un grande debito nei confronti di Karl Marx: per la sua lezione di realismo, per la sua analisi dello sfruttamento del lavoro e delle disuguaglianze e dei conflitti di classe, per averci insegnato ad assumere il punto di vista dei soggetti più deboli che ben possiamo identificare con il punto di vista dei soggetti di diritti fondamentali insoddisfatti. Ricordo sempre il bel passo di Bobbio in *Politica e cultura*, di quasi mezzo secolo fa: «Se non avessimo imparato dal marxismo a

vedere la storia dal punto di vista degli oppressi, guadagnando una nuova, immensa prospettiva sul mondo umano, non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata, o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni».

D'altro canto dobbiamo riconoscere che il contributo teorico del marxismo al diritto è stato poco più che zero. Non solo. Questa carenza teorica ha finito per avallare – all'ombra di formule vuote come l'idea del diritto come sovrastruttura, la dittatura del proletariato e la prospettiva dell'estinzione dello Stato – la svalutazione, o peggio il disprezzo per il diritto che hanno rappresentato, io credo, una delle ragioni principali del fallimento storico di quella speranza del secolo che è stato il comunismo. Quella svalutazione e quel disprezzo hanno infatti investito il lascito più prezioso della tradizione liberale: il principio di legalità, cioè l'idea del diritto e dei diritti come insieme di regole, di limiti e controlli sul potere politico, sostituita dalla fiducia in un potere supposto buono perché *rivoluzionario*. Che è stata un'ennesima e purtroppo tragica versione dell'idea del governo degli uomini in luogo del governo delle leggi.

Quanto alla formula dell'“uso alternativo del diritto”, essa fu poco più che il titolo di un convegno di giuristi democratici di varia estrazione e formazione, svoltosi a Catania nel maggio 1972. Con essa intendemmo essenzialmente – al di là dei molteplici significati che negli anni successivi sono stati ad essa associati – un uso del diritto che prendesse sul serio le costituzioni: cioè quel *dover essere* giuridico-costituzionale del diritto, allora largamente ignorato, in Italia, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, in alternativa al suo *essere* costituzionalmente illegittimo. Almeno per me, quella divaricazione tra “il diritto che è” e il “diritto che deve essere” sulla base del diritto medesimo espresso dalle costituzioni – in breve, il *diritto invalido* o *illegittimo*: un inaccettabile ossimoro secondo l'ortodossia kelseniana – è stato sempre un tema centrale di riflessione teorica.

AGF: *L'atteggiamento dei movimenti critici nei confronti dello Stato e dei diritti umani è stata tradizionalmente ambigua, oscillante tra sublimazione e demonizzazione. Mi piacerebbe conoscere la tua opinione in relazione al seguente argomento di Robert Alexy (2000, 32):*

«Quando hai un diritto morale, dunque, un diritto fondamentale nei confronti di tutti, come il diritto alla vita per esempio, ciò implica che devi avere anche un diritto fondamentale, nei confronti di tutti, alla creazione di un'istanza comune per fare in modo che quel diritto sia soddisfatto (...) L'istanza comune che deve stabilirsi per il soddisfacimento dei diritti umani è lo Stato. Dunque, esiste un *diritto umano allo Stato*».

Personalmente, trovo singolare l'espressione «diritto umano allo Stato», potresti aiutarmi a scoprire se, e perché, la mia è una sensazione giustificata?

LF: La tesi di Alexy vuol dire, a me pare, che occorrono istituzioni giuridiche di garanzia. Il riferimento allo Stato mi sembra tuttavia eccessivamente generico. Certamente, se con “Stato” si intende l'artificio giuridico, nel senso hobbesiano, è ovvio che la garanzia dei diritti passa attraverso la costruzione di tale artificio. Ma eviterei di parlare genericamente di Stato, se non altro per non avallare una legittimazione etico-politica dello Stato, quale che sia. Ho più volte distinto tra istituzioni (e funzioni) di governo e istituzioni (e funzioni) di garanzia. Direi allora che avere un diritto equivale ad avere diritto alle corrispondenti garanzie, assicurate dalle relative funzioni e

istituzioni di garanzia. Ho l'impressione che questa sia una tesi poco più che tautologica, dato che oggetto del diritto è precisamente l'omissione della lesione che lo viola o la commissione della prestazione che lo soddisfa, le quali sono simultaneamente oggetto del correlativo divieto o del correlativo obbligo nel quale consiste la sua garanzia. Ma la sottoscrivo volentieri, se essa vale a rafforzare una tesi che condivido.

AGF: *A proposito di Alexy, nel suo recente Epilogo alla Teoria dei diritti fondamentali (Alexy 2002), il professore di Kiel è tornato a difendere la sua concezione dei diritti come principi. Apparentemente la teoria ferrajoliana non sembra particolarmente interessata a questa categoria normativa. Ha tutto questo qualcosa a che vedere con lo «spinozismo giuridico», come lo ha chiamato Ermanno Vitale (2001, 110), una sorta di razionalismo forse più incline, in teoria del diritto, alla concettualizzazione del sistema giuridico attraverso la nozione di regola?*

LF: Che i diritti fondamentali esprimano principi non è affatto in contraddizione con la tesi che essi consistono altresì in norme. La distinzione tra principi e norme, alla quale tu stesso hai dedicato il bel libro *Principios y positivismo jurídico* del 1998, è sicuramente una distinzione per molti aspetti feconda. Hai tuttavia ragione nel dire che non l'ho mai tematizzata come distinzione teorica. Non mi convince, infatti, la contrapposizione tra principi e norme, proprio perché essa, in ordinamenti come i nostri, dotati di costituzioni rigide, rischia di oscurare il fatto che i principi costituzionali – come l'uguaglianza, il divieto della guerra, i diritti fondamentali – sono *anche* norme di diritto positivo. In altre parole, temo che possa essere fuorviante, e indebolire il paradigma costituzionale, l'idea che tali principi, nei giudizi per esempio delle corti costituzionali, non vengano in rilievo anche come regole, applicate alle leggi invalide, né più né meno di qualsiasi altra norma in qualsiasi altro giudizio. Certamente, i principi *impliciti* o peggio «extrasistemici», come tu li chiami nel tuo libro, e più in generale tutti quelli creati dalla giurisprudenza hanno una diversa forza vincolante e svolgono un ruolo diverso dalle norme consistenti semplicemente in regole, e meritano perciò, per la loro rilevanza nell'argomentazione giuridica, di essere tematizzati come categoria autonoma. Ma non vedo una differenza sostanziale tra principi e regole allorché i primi sono enunciati espressamente da norme di diritto positivo. Anche i principi, in tal caso, pur con la discrezionalità giudiziaria sempre connessa all'interpretazione delle norme, sono *applicati* alle loro violazioni. Una legge che introduce una discriminazione personale, o un reato di opinione, o un'indebita limitazione del diritto di sciopero, per esempio, è sussunta come invalida (o come incoerente, o come violazione) nel principio di uguaglianza, o nella libertà di manifestazione del pensiero o nel diritto di sciopero costituzionalmente stabiliti, non diversamente da un contratto viziato da causa illecita o da violenza o minaccia, sussunto come invalido nelle norme del codice civile che prevedono tali vizi come ragioni di nullità.

AGF: *L'importanza assunta dall'argomentazione giuridica negli Stati costituzionali, grazie alla giurisprudenza costituzionale, sembra suggerire che una teoria dell'argomentazione dovrebbe svolgere un ruolo chiave nel sistema di legittimità dello Stato costituzionale. Qual è la tua opinione sullo sviluppo delle teorie dell'argomentazione giuridica, con riferimento, in particolare, ai lavori di autori come Alexy, MacCormick, Peczenik o Aarnio?*

LF: Sono assolutamente d'accordo sull'enorme rilevanza della teoria dell'argomentazione giuridica e sulla grande importanza dei contributi di Alexy, di MacCormick, di Peczenik e di Aarnio. Non enfatizzerei, tuttavia, la discrezionalità dei giudici costituzionali, che non necessariamente è maggiore di quella di qualsiasi giudice. Il grado di discrezionalità nell'interpretazione e nell'applicazione della legge dipende sempre, essenzialmente, dalla tassatività del linguaggio legale, cioè dalla sua univocità e precisione. È pur vero che i testi costituzionali sono spesso formulati con un linguaggio retorico e vago. Ma non meno vaghe e polisense sono molte norme penali, soprattutto quelle prodotte dalle odierne legislazioni d'emergenza in tema di sicurezza. L'oscurità, l'inflazione e l'imprecisione del linguaggio legale sono insomma vizi comuni e crescenti in tutte le legislazioni e a tutti i livelli dell'ordinamento. E dovrebbero sollecitare, per un verso una scienza della legislazione (nel senso di Gaetano Filangieri e di Jeremy Bentham) e per altro verso una scienza della costituzione, impegnate entrambe nella promozione di un linguaggio legale e costituzionale il più possibile rigoroso. Aggiungo una tesi che può apparire singolare. La costituzione, a mio parere, restringe, più di quanto non ampli, gli spazi di discrezionalità dei giudici ordinari: di fronte a una norma che in sede di interpretazione ammetta più significati diversi, infatti, essa vale ad escludere come inammissibile il significato in contrasto con norme costituzionali e ad ammettere i soli significati con esse coerenti.

AGF: *L'impronta illuminista del tuo progetto teorico è particolarmente chiara. Anche Habermas si proclama difensore dell'eredità dell'Illuminismo. E tuttavia, le modalità di interpretare questa eredità comune differiscono sensibilmente. Il consensualismo della teoria della verità e della teoria etica habermasiana si proietta sulla teoria del diritto e la teoria dell'argomentazione di Alexy. In questo senso, qual è la tua posizione di fronte a questa esportazione della filosofia habermasiana nel campo del diritto? Perdonami l'insistenza su questi autori, però mi interessa confrontare la tua posizione con le posizioni dominanti kantiane (illuministe) applicate al neocostituzionalismo.*

LF: Ho un grande rispetto per Jürgen Habermas e per il suo ruolo straordinario nella formazione e nello sviluppo di un pensiero giuridico e politico democratico. Ma non condivido la sua concezione consensualistica della verità, che confonde tra criteri e significato di verità e può incrinare, come hanno mostrato talune sue applicazioni in materia processual-penalistica, la garanzia della prova quale ragionamento basato sulla logica induttiva anziché sulla persuasione. Quanto alla teoria etica habermasiana, certamente condivisibile sul piano etico-politico, non ne condivido la tendenziale integrazione e sovrapposizione al paradigma costituzionale. Anche il costituzionalismo etico, non meno del legalismo etico, contraddice infatti quel postulato del giuspositivismo e della modernità giuridica, e insieme dell'etica liberale, che è la reciproca separazione tra diritto e morale.

Diritti fondamentali e garanzie

AGF: *Non so se saresti d'accordo nel considerarlo come il nocciolo della tua teoria dei diritti fondamentali, ma sembra evidente che uno degli elementi più importanti della tua opera consiste nella separazione concettuale tra diritti e garanzie, a fronte, invece, della loro indissolubilità in Kelsen. Questa impostazione permette di salvare la validità di un diritto soggettivo nonostante l'assenza della garanzia corrispondente. E tuttavia la tua teoria va oltre: quando un diritto è mal garantito, ciò implica che ci troviamo di fronte ad una lacuna. E tuttavia, ho l'impressione che alcuni potrebbero considerare il tuo concetto di lacuna eccessivamente ampio e soprattutto eccessivamente giusnaturalista. La ragione consiste nel fatto che il tuo concetto di lacuna sembra essere il risultato della differenza tra il diritto com'è e il diritto come dovrebbe essere, un concetto al quale forse si opporrebbero autori come Kelsen, Alchourrón o Bulygin per le sue reminiscenze giusnaturaliste. Qual è la tua replica al riguardo?*

LF: Hai sicuramente ragione nel considerare la separazione concettuale tra diritti e garanzie come centrale nella mia teoria dei diritti fondamentali e conseguentemente della democrazia costituzionale. Penso invece che l'accusa di deroga ai postulati del positivismo giuridico deve essere rovesciata nei confronti di quanti, a cominciare da Kelsen, ritengono che non esiste diritto se non esiste un obbligo corrispondente, o addirittura se non è prevista una sanzione nell'ipotesi della sua violazione. Se, sulla base di una definizione minima, assumiamo che "positivismo giuridico" designa una concezione e un modello di diritto in base ai quali una norma esiste se e solo se è *posta* o prodotta da un'autorità legittimata alla produzione giuridica, allora mi sembra ben poco giuspositivistica la tesi di chi nega l'esistenza di un diritto pur formulato in un testo normativo positivamente vigente, per esempio costituzionale, solo perché mancano altre norme, e cioè le norme che ne stabiliscono quelle che ho chiamato le «garanzie primarie» (ovvero gli obblighi o i divieti corrispondenti) e/o le «garanzie secondarie» (ovvero la previsione della sanzione o dell'annullamento delle loro violazioni). Sostenere una simile tesi equivale alla pretesa meta-teorica e chiaramente anti-giuspositivistica che la teoria abbia funzioni legislative, sia pure nel senso negativo del potere di decretare la non esistenza di norme positivamente emanate solo perché queste non corrispondono ai nostri costrutti teorici. Ovviamente, in un sistema nomodinamico, la mancanza di norme la cui esistenza è richiesta da altre norme può ben ricorrere, non meno delle antinomie, essendo la logica propria della teoria e non del diritto. Ma si tratta, precisamente, di "lacune" in senso tecnico-giuridico, ben prima che assiologico: inteso per "lacuna" l'assenza di una norma che preclude l'applicazione di un'altra norma. In questa nozione di lacuna non c'è nulla di giusnaturalistico, come da taluno mi è stato obiettato. Le lacune nel senso suddetto, non diversamente del resto dalle antinomie, sono sicuramente, come tu dici, un riflesso della divaricazione tra "dover essere" ed "essere" del diritto. Ma questa divaricazione, a sua volta, non ha nulla di giusnaturalistico, non ricorrendo tra un "dover essere" morale, o politico o comunque non-giuridico e un "essere" giuridico, bensì tra due livelli normativi del medesimo ordinamento: in breve, tra il "dover essere giuridico" delle norme, cioè tra le condizioni di validità sostanziale stabilite dalle metanorme per esempio costituzionali sulla loro produzione, e il loro "essere giuridico", cioè la loro esistenza o vigore pur se viziata. Ed è una divaricazione in una certa misura inevitabile ed entro certi limiti fisiologica, perché connessa, banalmente, alla normatività del diritto pur se nei confronti di se medesimo.

AGF: *La tua celebre caratterizzazione strutturale dei diritti fondamentali come diritti universali e indisponibili è stata ampiamente discussa (cfr. Ferrajoli 2001, 5 ss.). Permettimi di rivolgermi ai lettori meno familiarizzati con la teoria del diritto: è stato criticato il fatto che tu consideri l'universalità un tratto distintivo, di carattere logico, dei diritti fondamentali, in quanto ogni norma (giusfondamentale o meno) potrebbe essere riformulata con un quantificatore universale ("Tutte le persone hanno un diritto alla riservatezza", ma anche "Tutti coloro che pagano il prezzo come corrispettivo della cosa secondo il contratto di compravendita ne otterranno la proprietà") (Guastini 2001, 43 ss.; Jori 2001, 77 ss.; cfr. anche Ferrajoli 2001, 121 ss.). Entrambe le norme sono riformulabili secondo lo schema:*

(x) Fx → OGx.

E tuttavia, al giorno d'oggi molti pensano che la caratteristica strutturale più importante dei diritti fondamentali consista nella loro defettibilità (defeseability) e questa proprietà entra in contraddizione tanto con l'universalità quanto con la indisponibilità. Da questo punto di vista, la regola R1 "Tutti coloro che pagano il prezzo della cosa ne diventano proprietari" sembra analoga a "Tutti gli uomini sono mortali", mentre il principio P1 "Tutti hanno un diritto alla riservatezza" sembra analogo a "Tutti gli uccelli volano" perché a volte incontriamo uccelli che non volano (un pinguino, il canarino ferito del vicino, ecc.) senza che sia possibile prevedere l'insieme di tutte le eccezioni ex ante. A differenza di ciò che accade con R1, P1 ("Tutti hanno diritto alla riservatezza") a volte vede infranta la sua universalità (rimane derogata), perché, ad esempio, Tizio non ha diritto alla riservatezza nel caso A, in quanto prima viene il diritto all'informazione invocato in favore di altri individui.

In sintesi, "Tutti gli uomini sono mortali" (così come ogni regola) permette di compiere sillogismi del tipo modus ponens (Socrate è un uomo, dunque è mortale). "Tutti gli uccelli volano" (come ogni principio fondamentale) non sempre permette di compiere sillogismi del tipo modus ponens, perché non sappiamo quante eccezioni si presenteranno in futuro, che invalidano il quantificatore universale "Tutti hanno diritto alla riservatezza". Che valore ha, secondo te, la concezione dei diritti fondamentali come principi da questo punto di vista e come possiamo mantenere l'idea dell'universalità di fronte al carattere defettibile dei principi fondamentali?

LF: Ho sostenuto più volte che l'espressione "diritto di proprietà" negli usi teorici correnti – a cominciare da quelli dei classici, da Locke a Marshall – è un'espressione ambigua, che non designa una sola classe di diritti, bensì due classi di diritti diversi: a) il diritto di proprietà come diritto fondamentale, e precisamente come diritto civile di autonomia privata, universale e indisponibile perché spettante ugualmente a tutti in quanto persone capaci d'agire; b) il diritto di proprietà come diritto patrimoniale, e precisamente come diritto reale su beni determinati, singolare e disponibile perché spettante a ciascuno con esclusione degli altri. I due diritti sono connessi, il primo come presupposto del secondo, ma strutturalmente del tutto diversi. È chiaro perciò in che senso "tutte le persone che pagano il prezzo di una cosa stipulato in un contratto di compravendita ne diventano proprietari": nel senso che diventano proprietari della cosa oggetto del contratto di compravendita, cioè titolari esclusivi su di essa del diritto reale di proprietà, grazie al diritto civile di proprietà, cioè al diritto di concludere compravendite, e perciò di acquisire proprietà, conferito a tutti in quanto capaci di agire.

È insomma essenziale distinguere analiticamente non solo tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, ma anche tra diritti civili e diritti reali di proprietà. L'enunciazione normativa del diritto di proprietà nelle carte costituzionali riguarda evidentemente il diritto civile di proprietà, che al pari di tutti gli altri diritti fondamentali è espresso da una "norma" nel senso di regola generale ed astratta, e non certo i diritti reali di proprietà, che non sono norme nel senso di regole, bensì situazioni singolari predisposte dalle norme del codice civile come effetti degli atti negoziali da esse previsti come loro titoli o cause. È una questione di grammatica giuridica. Nessuna norma, costituzionale o meno, conferisce direttamente diritti reali di proprietà, che sono sempre e solo l'effetto di atti singolari, di solito negoziali compiuti nell'esercizio del diritto civile di proprietà. Per questo si può dire, ellitticamente, che i diritti di autonomia – di autonomia privata come il diritto civile di proprietà, o di autonomia politica come il diritto politico di voto – sono diritti-potere in rapporto non già di conflitto ma di subordinazione con gli altri diritti fondamentali: ho detto 'ellitticamente' perché sono in realtà gli atti singolari che esercitano tali diritti che sono subordinati alla legge, ordinaria o costituzionale, essendo essi di grado o livello inferiore, nella gerarchia delle fonti, alle norme legislative o costituzionali e perciò ai diritti fondamentali, inclusi ovviamente gli stessi diritti di autonomia, da esse stabiliti.

Per questo, aggiungo – perché i diritti fondamentali sono strutturalmente universali e indisponibili e sono quindi un vincolo sia alla politica che al mercato – non condivido affatto la tesi della loro derogabilità avanzata nella seconda parte della tua domanda. Certamente i diritti fondamentali sono norme complesse, frutto dell'interpretazione di più enunciazioni normative, sicché la loro formulazione dottrina va sempre integrata dalle precisazioni che risultano dall'insieme delle norme dello stesso livello che concorrono alla sua identificazione. Nel tuo esempio, il diritto di tutti alla riservatezza è non già derogato, ma integrato, se e solo se lo si ritenga sulla base dell'interpretazione del nostro intero universo normativo, dalla precisazione che esso non ricorre ove prevalga il diritto di altri all'informazione. Ma questa precisazione o integrazione, al di là dell'opinabilità delle interpretazioni adottate, è normativa, *ex ante*, e non già operata arbitrariamente *ex post*: ha il suo fondamento in norme dello stesso grado o livello di quella sul diritto alla riservatezza, anche se non sappiamo, per le divergenze interpretative che inevitabilmente contrassegnano l'applicazione della legge, in quali casi il diritto all'informazione (e a quali informazioni) sarà di fatto ritenuto prevalente sul diritto alla riservatezza. Analogamente, la tesi "tutti gli uccelli volano" va di fatto integrata con la precisazione "ove non siano pinguini, né amputati delle ali" (meglio sarebbe dire "tutti i volatili volano"): ma questa, di nuovo, è una precisazione di tipo generale ed astratto, al di là delle incertezze che possiamo avere sulla gravità di fatto delle ferite alle ali degli uccelli di cui parliamo, che ben consente, al pari della norma completa sul diritto alla riservatezza, il sillogismo per *modus ponens*. In entrambi i casi, insomma, non si tratta di eccezioni che ignoriamo, in grado di «invalidare in futuro il quantificatore universale "tutti"», bensì di precisazioni (del campo di denotazione) delle tesi universali, sia pure rimesse, come tutte le tesi linguistiche, alla discrezionalità e alla valutazione dell'interprete.

AGF: *Secondo Paolo Comanducci, la tua tesi secondo cui quelli che tu chiami «diritti secondari di autonomia» sono poteri, in quanto tali sottoposti, nello stato di diritto, a limiti e a vincoli di legge, istituirebbe una gerarchia tra diritti fondamentali di tipo normativo anziché descrittivo, con ciò contraddicendo la grande divisione tra essere e dover essere. A sua volta Riccardo Guastini trova non persuasive tre tesi in base alle quali tu sostieni «che, in regime di costituzione rigida, la scienza giuridica (è)*

una scienza normativa»: a) la tesi secondo cui il riconoscimento dell'invalidità sostanziale, cioè di «una contraddizione tra due norme», «sarebbe, a (tuo) dire, un giudizio di valore»; b) la tesi secondo cui l'accertamento di una lacuna tecnica, quale è quella che Guastini riconosce nella mancata attuazione da parte del legislatore di diritti sociali costituzionalmente stabiliti, «sarebbe una direttiva, una proposta, una raccomandazione – insomma una prescrizione, latamente intesa – rivolta al legislatore (la prescrizione, ovviamente, di colmare la lacuna in questione)»; c) la tesi secondo cui «il fenomeno dell'invalidità sostanziale» sarebbe «una peculiarità degli ordinamenti giuridici a costituzione rigida», laddove «anche in regime di costituzione flessibile è invalido per ragioni sostanziali il regolamento dell'esecutivo in conflitto con la legge», nonché «ogni atto giurisdizionale o amministrativo in contrasto con la legge». Come rispondi a queste critiche?

LF: Conosco queste critiche, già pubblicate in *Analisi e diritto. 2002-2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 325-326 e pp. 413-416, e ti ringrazio di questa domanda che mi consente di chiarire due questioni di grande rilevanza, sia teorica che metateorica.

A Paolo Comanducci rispondo che non sono io, ma le costituzioni rigide, ove contengano, tra le loro norme sostanziali, diritti fondamentali, che stabiliscono la gerarchia: la quale è non già, secondo la formulazione ellittica avanzata da Comanducci, tra diritti primari (siano essi di libertà o sociali) e diritti secondari (o di autonomia), bensì tra le norme costituzionali da cui gli uni e gli altri diritti sono stabiliti e le norme, di livello inferiore, prodotte dall'esercizio dei diritti secondari. Il dislivello e la differenza di grado tra queste due classi di norme – quelle costituzionali che stabiliscono diritti fondamentali, siano essi primari o secondari, e quelle legislative o negoziali prodotte le une dall'esercizio dei diritti politici mediato dalle istituzioni rappresentative e le altre direttamente dall'esercizio dei diritti civili – è insomma dovuto al fatto che le prime sono norme sulla produzione delle seconde.

Non è chiaro, d'altro canto, perché lo sviluppo di una teoria in vista della finalità esplicativa «di una specifica realtà giuridica, lo Stato costituzionale di diritto» (ivi, p. 324), contraddirebbe la grande divisione, che ovviamente anch'io condivido. Comanducci afferma che, avendo io sostenuto che «i diritti secondari, siano essi civili o politici, essendo esercitati da atti prescrittivi di effetti giuridici, sono altresì poteri, siccome tali sottoposti, nello stato di diritto, a limiti e a vincoli di legge» (ivi, pp. 323-324), la mia teoria sarebbe divenuta «normativa, non solo in senso metodologico, come era fino ad ora, ma anche etico-politico» (ivi, p. 324). Ora i casi sono due: o la mia tesi come sopra riportata è (accettata da Comanducci come) vera oppure è (da lui respinta come) falsa. Solo in questo secondo caso, cioè se si ritenesse e si argomentasse – cosa che non fa e che credo non pensi Comanducci – che nello stato costituzionale di diritto i poteri (o più esattamente il loro esercizio) non sono soggetti alla legge, sia essa costituzionale o ordinaria, la mia tesi sarebbe in effetti normativa. Se invece la tesi suddetta è condivisa, allora in essa non c'è nulla di normativo se non l'esplicazione della struttura normativa dello stato costituzionale di diritto.

Quanto alle critiche rivoltemi da Riccardo Guastini, premetto che io non ho mai detto che il riconoscimento di una contraddizione tra norme di grado diverso, l'una legislativa e l'altra costituzionale, è un «giudizio di valore», ma semmai che esso equivale alla «prescrizione» di risolverla rivolta al giudice della costituzionalità delle leggi: che esso equivale, in breve, alla tesi contestatami da Guastini nella critica sub *b*). Ma a mia volta io non trovo persuasiva la tesi di Guastini secondo cui «il riconoscimento di una lacuna tecnica» – e per altro verso, quindi, di un'antinomia – «è evidentemente altra

cosa dalla raccomandazione di colmarla, rivolta al legislatore: è una constatazione, non una prescrizione» (ivi, p. 415). Se è vero infatti che negli ordinamenti dotati di costituzione rigida esiste l'obbligo del giudice di costituzionalità di annullare la norma sostanzialmente invalida (quello che ho chiamato «garanzia secondaria») e che alle aspettative positive, come sono i diritti sociali, corrisponde l'obbligo di soddisfarle mediante adeguate leggi di attuazione (quello che ho chiamato «garanzia primaria»), la *constatazione* di una lacuna o di un'antinomia – operate evidentemente a livello dogmatico – equivale alla *prescrizione* di porre ad esse riparo. Lasciamo perdere la vecchia questione, tanto tormentata quanto equivoca, della normatività della scienza giuridica. Guastini converrà quanto meno sulla tesi che la dimensione pragmatica degli asserti della teoria che fanno uso di modalità deontiche – per esempio, “a un diritto corrisponde il divieto di violarlo o l'obbligo di soddisfarlo”, oppure “se di qualcosa esiste il permesso allora non ne esiste il divieto” – consiste nel fatto che essi, consentendo di *constatare* antinomie e lacune, ne suggeriscono o sollecitano la critica, nonché la soluzione per via legislativa o giudiziaria.

La terza critica di Guastini infine – quella secondo cui «il fenomeno dell'invalidità sostanziale non ricorre solo nelle relazioni tra fonti (e dunque tra norme e norme): ricorre altresì nelle relazioni tra norme ed atti di applicazione» (ivi, p. 414) – è in parte rivolta a una tesi che non ho mai sostenuto e in parte si basa su di un argomento irrilevante. È innegabile, e non solo non ho mai negato, ma ho sempre affermato, anche allorquando era da tutti condivisa la tesi kelseniana dell'equivalenza tra “esistenza” e “validità”, l'esistenza in qualunque ordinamento nomodinamico, anche se dotato di costituzione flessibile, di «atti di applicazione» invalidi sostanzialmente per contrasto con la legge. Si tratta appunto, come nel caso delle leggi in contrasto con la costituzione, di atti destinati anch'essi ad essere invalidati, ove ne sia eccepita l'invalidità, ad opera di organi giurisdizionali che hanno *l'obbligo* di annullarli. La vera novità delle costituzioni rigide, stranamente ignorata pur se su di essa si basa l'intero edificio della democrazia costituzionale, consiste nell'aver generato «il fenomeno dell'invalidità sostanziale» anche con riguardo alle (fonti delle) leggi, condizionando anche la loro validità a limiti e a vincoli di carattere sostanziale quali sono, per esempio, il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali. Oltre tutto gli altri fenomeni di invalidità sostanziale, fatta eccezione per i regolamenti, riguardano atti precettivi singolari – negozi privati, sentenze, provvedimenti amministrativi – non destinati ad essere *applicati* da ulteriori atti precettivi e quindi incomparabilmente meno rilevanti. Sono insomma le enormi implicazioni – quello che ho chiamato “mutamento di paradigma” – connesse al fenomeno dell'invalidità sostanziale delle leggi nella struttura dell'ordinamento e, conseguentemente, della democrazia, che Guastini sembra inspiegabilmente restio a riconoscere.

AGF: *Luis Prieto mi incarica di trasmetterti un'inquietudine attraverso una domanda che mi permetto di riformulare in questo modo: tu sei un convinto assertore della promozione e protezione dei diritti sociali e allo stesso tempo sei difensore di un diritto penale minimo. E tuttavia, alcuni autori difendono l'espansione del diritto penale per realizzare fini sociali (obbligo di tutela penale minima). Qual è la tua posizione al riguardo?*

LF: Non vedo l'aporia prospettata da Luis Prieto, che ringrazio per l'occasione che mi offre di questo chiarimento. Diffido in generale di tesi generiche come quella cui alludi dell'uso del diritto penale con finalità sociali. Tuttavia, il paradigma del diritto penale minimo non impedisce, ma anzi richiede una rifondazione della scala dei beni

giuridici meritevoli di tutela penale: per esempio che si introduca il delitto di tortura (che manca, vergognosamente, nell'ordinamento italiano), o che siano punite come delitti aggressioni all'ambiente in grado di minacciare la salute, o che vengano aggravate le sanzioni per le violazioni delle misure previste contro gli infortuni sul lavoro. Quel paradigma, infatti, esige da un lato la minimizzazione dei fatti previsti come reati sulla base dei limiti espressi dalle garanzie penali, a cominciare dal principio di offensività di beni o diritti fondamentali; dall'altro la minimizzazione delle pene e dell'arbitrio giudiziario, sulla base dei limiti e dei vincoli espressi dalle garanzie processuali.

Alcune questioni di carattere generale

AGF: *Ciò che è accaduto in Iraq ha mostrato un nuovo disordine internazionale che ci sta sorprendendo con situazioni che erano imprevedibili alcuni anni or sono. Che ruolo credi che giochi l'Europa nella scena internazionale attuale?*

LF: Ciò che sta accadendo in Iraq sta purtroppo confermando le più pessimistiche previsioni di quanti si opposero alla guerra. La guerra non è soltanto un crimine di diritto internazionale, ma è sempre, inevitabilmente, criminogena. Essa aggrava e rende insolubili tutti i problemi che pretende di risolvere. Non solo non è in grado di fronteggiare il terrorismo, ma può solo assecondarlo, approfondendo l'odio nei confronti dell'Occidente e alimentando perciò il suo terreno di coltura. Non solo l'occupazione militare – per di più accompagnata da violenze e torture sadiche e mortificanti – non è in grado non diciamo di introdurre la democrazia ma neppure, semplicemente, di ristabilire l'ordine. Essa è altresì un fattore endemico di disordine e di guerra civile.

Quanto all'Europa, essa brilla purtroppo per la sua assenza, anche a causa delle sue divisioni. Oggi, se solo si liberasse dalla subaltermità agli Stati Uniti, l'Unione Europea potrebbe svolgere un ruolo decisivo nella soluzione della crisi irachena e di quella palestinese e, soprattutto, nel rilancio dell'Onu quale garante della pace e dell'ordine internazionale. In questa prospettiva, la prima cosa che dovrebbe fare, seguendo l'esempio di Zapatero, è impegnarsi per il ritiro dall'Iraq delle truppe di occupazione – almeno di quelle europee – e per la loro sostituzione con forze dell'Onu alle dipendenze e sotto la direzione del Consiglio di sicurezza, secondo quanto richiesto dall'art. 47 della Carta delle Nazioni Unite. Dovrebbe poi promuovere investimenti massicci in Iraq per risarcire i danni della guerra, avviare la ripresa economica, capovolgere se possibile agli occhi della popolazione irachena l'orrenda immagine che l'Occidente ha dato di se stesso, disinnescare o quanto meno isolare la bomba terroristica. Ma tutto questo, benché banalmente razionale e, in una prospettiva realistica, nell'interesse dello stesso Occidente, ha ancor oggi il sapore di un'utopia. Sembra infatti che l'Occidente abbia perso la voce del diritto, della politica e della ragione e conosca soltanto quella delle armi.

AGF: *Che sta succedendo in Italia? Come è possibile contrastare questa «anomalia del tutto italiana» del «partito-impresa televisivo» (Ferrajoli 2000, 146; Ferrajoli 1996b)?*

LF: Il caso italiano è a mio parere un caso di degenerazione della democrazia che dovrebbe allarmare l'opinione pubblica di tutti i paesi democratici, per il nesso tra

denaro e politica che esso esibisce in forma estrema ma che in varia misura sta inquinando, in quasi tutti gli ordinamenti, la democrazia rappresentativa. In un momento di crisi del nostro sistema politico, provocata dal crollo di rappresentatività e di legittimazione di quasi tutti i vecchi partiti, un impresario televisivo, dopo essersi arricchito e aver costruito con il loro sostegno un impero mediatico, ha in pochi mesi organizzato una forza politica che, grazie al controllo dell'informazione e alle tecniche della pubblicità commerciale, ha conquistato l'intero elettorato della destra vincendo per ben due volte le elezioni politiche. Ne è risultato – a causa delle dimensioni, della quantità e della qualità delle imprese controllate da questa azienda-partito-governo (nel campo delle televisioni, dei giornali, dell'editoria, della cinematografia, delle banche, delle assicurazioni) – un gigantesco conflitto di interessi, che si è immediatamente risolto nel totale primato degli interessi privati del suo titolare sui pubblici interessi, attestato dalle innumerevoli leggi *ad personam* da lui fatte approvare per eludere i processi penali a suo carico e per consolidare il suo impero televisivo.

Ora è chiaro che un simile conflitto, o meglio un simile primato degli interessi privati sugli interessi pubblici, non è solo un fattore di distorsione dell'azione di governo in danno dei cittadini. Esso è altresì un fattore di dissoluzione, ben più che dello stato di diritto, di quella separazione tra politica ed economia, tra sfera pubblica e sfera privata, tra poteri di governo e poteri economici, che si è prodotta con il superamento dello stato patrimoniale e che fa parte del costituzionalismo profondo dello Stato moderno. Ne risultano minate alla radice, al di là del consenso prestato, la rappresentanza politica, che è rappresentanza degli interessi pubblici e generali e suppone appunto quella separazione, nonché la stessa rappresentanza giuridica delle pubbliche istituzioni che dai principi generali e da esplicite norme del codice civile è preclusa, perfino nelle società commerciali, dal conflitto di interessi tra amministratori e società.

Una tale anomalia contraddice dunque tutti i principi, anche di diritto positivo, dello stato di diritto: integra, per esempio, una violazione vistosa della norma, contenuta in una legge del 1957, che dispone l'ineleggibilità dei beneficiari di «concessioni o autorizzazioni amministrative di notevole entità economica» quali sono quelle richieste alle imprese televisive. È dunque un caso macroscopico di fallimento del diritto e delle sue garanzie. Fortunatamente sembra che il consenso a questa avventura, a causa della voracità e dell'incompetenza dimostrate dal suo protagonista, stia riducendosi progressivamente, e che quindi si profili, alle prossime elezioni, un cambiamento di governo. Ma questa triste esperienza dovrebbe avvertirci della fragilità delle nostre istituzioni e della necessità di apprestare ben più efficaci garanzie.

AGF: *Potresti parlarci dei tuoi progetti futuri più immediati?*

LF: Sto finalmente portando a termine una teoria generale del diritto e della democrazia, elaborata con l'ausilio della logica e l'impiego del metodo assiomatico, secondo il vecchio progetto concepito negli anni sessanta: la formalizzazione del linguaggio teorico, tramite la definizione di tutti i suoi termini a partire da un numero limitato di primitivi e la dimostrazione di tutte le sue tesi a partire da un numero limitato di postulati e di definizioni. Si tratta di un lavoro assai più esteso di quanto avessi mai previsto, nel quale ho tentato – con le difficoltà legate al carattere fortemente vincolante del metodo adottato – di elaborare un modello al tempo stesso esplicativo e normativo della democrazia costituzionale nelle sue diverse dimensioni (politica, civile, liberale e sociale) e ai suoi diversi livelli (statali e sovranazionali), sulla base dell'identificazione delle relative funzioni e istituzioni di garanzia. Spero di riuscire a pubblicarlo nel

prossimo anno. Successivamente, se neavrò il tempo e la forza, vorrei occuparmi soprattutto dei problemi del diritto e delle relazioni internazionali.

AGF: *Per concludere: non so se sei al corrente che in questo momento Miguel Carbonell e Pedro Salazar stanno preparando in Messico un'ampia raccolta di saggi avente ad oggetto differenti aspetti della tua teoria. Il successo di Ferrajoli tra i giuristi del Sudamerica è impressionante. Dato che quello sudamericano è precisamente l'uditorio cui si dirige il master post-laurea della Facoltà di Toledo alla cui seconda edizione hai partecipato (gennaio 2002) e in qualità di membro del comitato scientifico della nascente rivista spagnola-peruviana, *Derechos y Garantías*¹, che consiglio daresti per riuscire a interessare i giuristi dei nostri paesi fratelli nei numeri successivi?*

LF: Sono molte e assai ambiziose le indicazioni programmatiche per una rivista diretta a sollecitare il confronto tra teorici europei e teorici latino-americani sui problemi, diversi e tuttavia sempre più comuni, che riguardano il futuro della democrazia: sviluppare il lavoro teorico con la consapevolezza della sua inevitabile dimensione pragmatica, cioè della rilevanza che sempre hanno le nostre costruzioni nell'elaborazione dei modelli di diritto e nella formazione dello stesso immaginario giuridico e politico; promuovere l'analisi, quanto più possibile realistica, della crisi in atto della democrazia costituzionale nei nostri paesi e dei pericoli che minacciano, a livello internazionale, la sopravvivenza di milioni di persone e la pacifica convivenza; criticare a tal fine il diritto vigente, evidenziandone i profili di invalidità e di illegittimità generati da antinomie, lacune e violazioni delle tante promesse espresse dalle tante carte costituzionali, statali e sovranazionali; prefigurare tecniche e istituzioni di garanzia idonee ad assicurare la pace e la soddisfazione dei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani; mostrare insomma che nello stato attuale delle relazioni umane nel mondo non c'è nulla di necessario né di naturale, e che quindi, secondo uno slogan felice, *un altro mondo è (teoricamente) possibile*, se è vero che l'economia, il diritto, la politica, la cultura e lo stesso senso comune sono costruzioni sociali, delle quali abbiamo tutti una parte di responsabilità.

¹ La nascente rivista *Derechos y Garantías*, fondata e co-diretta da A. García Figueroa, ospiterà, nel suo primo numero, la suddetta intervista al prof. Ferrajoli.

Opere di Luigi Ferrajoli citate durante l'intervista

Ferrajoli 1996a: *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Bari; (la traduzione della seconda parte di questa opera è il cap. I di Ferrajoli 2000).

Ferrajoli 1996b: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Ibáñez P. A. (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid.

Ferrajoli 2000: *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. di Gerardo Pisarello & al., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

Ferrajoli 2001: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Laterza, Roma (Ferrajoli 2001b: *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Bacelli & al.*, edición de Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid).

Altre opere citate

Alexy 2000: Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, trad. di María Cecilia Añaños Meza, in *Derechos y Libertades*, 8, pp. 21-41.

Alexy 2002: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. di Carlos Bernal Pulido, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, pp. 13-64.

Guastini 2001: Guastini, Riccardo, “Tre problemi di definizione”, in Ferrajoli 2001, pp. 43-48 (“Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, in Ferrajoli 2001b, pp. 57-62).

Jori 2001: Jori, Mario, “Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali”, in Ferrajoli 2001, pp. 77-107 (“Ferrajoli sobre los derechos”, in Ferrajoli 2001b, pp. 105-137)

Vitale 2001: Vitale, Ermanno, “Teoria generale del diritto o fondazione dell’ottima repubblica?”, in Ferrajoli 2001, pp. 108-118 (“¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima?”, in Ferrajoli 2001b, pp. 63-73).