

ANNALI DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA
Sezione V Scienze Giuridiche

Comitato di Redazione

G. G. BALANDI - G. CAVALLARO - A. D. MANFREDINI - W. FORMIGONI CANDINI

Gli annali dell'Università di Ferrara, Sezione V Scienze Giuridiche, vengono inviati in cambio di riviste scientifiche italiane e straniere: tali riviste vengono cedute alla Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

I lavori da pubblicare (in duplice copia) ed ogni comunicazione relativa alla stampa o al cambio degli Annali devono essere inviati a:

Redazione degli Annali, Sezione V, Dipartimento di Scienze Giuridiche,
via Ercole I d'Este, 37 - 44100 Ferrara.

I Lavori devono essere dattiloscritti e devono contenere due brevi sunti (circa dieci righe), uno in italiano e l'altro in inglese.

Gli autori sono invitati a trattenere presso di sé una copia del dattiloscritto inviato per la pubblicazione, che non verrà, in ogni caso, restituito.

Tutti i diritti riservati. Nessuna parte del libro può essere riprodotta o diffusa con un mezzo qualsiasi, fotocopie, microfilm o altro, senza il permesso scritto dell'Università.

ISBN 88 85240 399

ANNALI
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

NUOVA SERIE

Sezione V

SCIENZE GIURIDICHE

VOLUME XXII

COMITATO DI REDAZIONE

G. G. BALANDI - G. CAVALLARO - A. D. MANFREDINI

W. FORMIGONI CANDINI



2008

INDICE

BALDASSARE PASTORE: <i>Le richieste di riconoscimento delle differenze e le modalità di inclusione sociale e politica</i>	pag.	1
ALESSANDRO BERNARDI: <i>Sicurezza e diritto penale in Italia e nella Unione europea</i>	pag.	17
LUCETTA DESANTI: <i>Rapina, furto flagrante e furto non flagrante</i>	pag.	69
PAOLO VERONESI: <i>Scienza e diritto. Un percorso tra i sentieri della giurisprudenza (specie costituzionale)</i>	pag.	85
FRANCESCO D'URSO: <i>Individuo, Genossenschaft, Stato. I motivi ispiratori del "Theorienstreit" ottocentesco sulla persona giuridica</i>	pag.	129
GIOVANNI TUZET: <i>Quante verità?</i>	pag.	163
ENRICO MAESTRI: <i>Il diritto alla vita in questione. Brevi note di filosofia biogiuridica</i>	pag.	169
NICOLA LUCCHI: <i>Le conseguenze locali della globalizzazione: il paradigma dell'agricoltura</i>	pag.	185
DANIELE RUGGIU: <i>La teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli</i>	pag.	209
MARIA GIULIA BERNARDINI: <i>Wrongful life action: l'azione in tema di nascita indesiderata</i>	pag.	233
Notiziario	pag.	257

DANIELE RUGGIU

LA TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DI LUIGI FERRAJOLI

1. *Carattere neutrale, avalutativo e formale di una teoria formalizzata dei diritti.*

Quella di Luigi Ferrajoli intorno ai diritti fondamentali rappresenta il cuore di un'elaborazione teorica che ha assunto in questi ultimi anni i contorni di una complessità e articolazione con pochi precedenti nella filosofia del diritto. Tratto caratteristico di questa elaborazione consiste nell'individuare «le strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano»⁽¹⁾ e nel riportare il neocostituzionalismo entro l'orizzonte culturale del positivismo giuridico, dando così vita, intorno alla democrazia costituzionale, ad un quadro teorico scevro dalle contaminazioni giusnaturaliste, o, come l'ha chiamato lo stesso Ferrajoli, al "giuscostituzionalismo". In esso i diritti fondamentali non rappresentano soltanto i paradigmi costitutivi del diritto, che una teoria descrittiva è in grado di cogliere, ma anche i presupposti normativi per una sua completa ricostruzione. Metodo assiomatizzato, descrizione e prescrizione sono dunque i tre assi cardinali di questa teoria.

Scopo dichiarato della "teoria dei diritti fondamentali" è elaborare una solida riflessione sui diritti umani perché fondata su una rigorosa formalizzazione teorica del concetto di "diritto fondamentale", su una formalizzazione, cioè, che possa dirsi rigorosa in quanto *neutrale, avalutativa* e concentrata unicamente sulla sola struttura formale del proprio oggetto, e quindi *formale* a tutti gli effetti. Il modello di razionalità da cui prende le mosse per costruire l'universalità dei diritti umani è offerto, infatti, dalla logica ed è esplicitamente diretto a interrompere il rapporto di contingenza che viene dalla storicità.

(1) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 3.

Si possono distinguere diversi piani del discorso sui diritti fondamentali a seconda delle differenti questioni che s'intende affrontare. La scienza giuridica positiva che si occupa di quali siano i diritti fondamentali dal punto di vista empirico. La filosofia politica o della giustizia che si occupa di quali diritti devono essere, cioè, di formulare una dottrina normativa intorno a quali valori etico-politici debbano essere tutelati come diritti fondamentali. La teoria del diritto, appunto, che serve a formulare i concetti idonei a denotare e ad esplicitare le forme e le strutture del diritto positivo. Infine, vi sono la sociologia del diritto e la storiografia del diritto che si occupano di quali diritti siano stati positivamente accolti in un dato ordinamento, di quali ragioni li sostengano, di quali processi abbiano consentito loro di affermarsi e, soprattutto, di quale grado di effettività abbiano.

La "teoria dei diritti fondamentali" intende, dunque, fornire una definizione del concetto di "diritto fondamentale" che sia *stipulativa e*, come tale, né vera né falsa, ma solo più o meno utile dal punto di vista teorico, indipendentemente sia dai diritti fondamentali, sia dagli ordinamenti considerati⁽²⁾. È, poi, *formale*, cioè, idonea ad identificare le caratteristiche strutturali dei diritti fondamentali, indipendentemente dai loro argomenti, ovvero dai loro contenuti. In questo senso, la "teoria dei diritti fondamentali" andrebbe ascritta *in toto* al piano della teoria del diritto quale sistema di concetti. Ma, appunto, solo sapendo cosa s'intende con il concetto "diritti fondamentali" si potrà, poi, riconoscere quali sono i diritti fondamentali stabiliti in ciascun ordinamento; proporre i criteri assiologici in base a cui giustificare quali dovrebbero esserlo o non esserlo; riconoscere i processi storici e culturali attraverso cui taluni di essi sono stati teorizzati, rivendicati e poi sanzionati nei diversi ordinamenti positivi; indagarne le condizioni ed il grado di effettiva tutela e progettare le politiche e le tecniche di garanzia più idonee a realizzarli⁽³⁾. Insomma, questo modello di teoria del diritto denota fin dall'inizio una propensione e un'ambizione che vanno ben oltre gli angusti confini teorici di partenza.

2. La definizione di "diritto fondamentale".

Ferrajoli ci fornisce la seguente definizione di "diritti fondamentali": sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, e/

⁽²⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 281.

⁽³⁾ *Ivi*, p. 282.

o di cittadini e/o di capaci di agire⁽⁴⁾. Laddove per diritto soggettivo bisogna intendere ogni aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto, che sia prevista da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore di atti che ne sono l'esercizio. Adottando una formalizzazione logica, strutturalmente una norma che ascrive un diritto fondamentale può essere così esemplificata: (x) (Se Sx, allora Dx)⁽⁵⁾. Dove S sta per status e D per il diritto corrispondente. Quindi, la nostra norma attributiva di un diritto dovrà essere letta: per ogni x, se x è dotato dello status di "persona" e/o "cittadino" e/o "capace di agire", allora x è titolare del diritto D. Questa articolazione logica rappresenta la struttura che caratterizza ogni diritto fondamentale.

Si tratta, dunque, di una definizione a tutti gli effetti *teorica*. In questo senso, una teoria formalizzata sarà altrettanto formale dei termini che compaiono nel suo *definiens* come "diritto soggettivo", "universale", "persona", "cittadino", "capace d'agire". Si tratta, infatti, di concetti teorici, al pari di altri concetti come quelli di "norma", "sanzione", "validità", "atto giuridico" ecc., costruiti sulla base di definizioni convenzionali, per i quali non avrebbe senso ricercarne il significato negli usi che ne fa il legislatore, e per questo motivo ben diversi dai concetti dogmatici che sono definizioni lessicali vincolate agli usi propri di un singolo ordinamento⁽⁶⁾. Ecco perché questa teoria può dirsi una teoria formalizzata valida a prescindere tanto da un concreto ordinamento quanto dai suoi contenuti, a prescindere, cioè, dalla storicità.

Si tratta, poi, di una definizione *formale o strutturale* in quanto prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati come fondamentali. Essa si basa esclusivamente sul «carattere universale dell'imputazione di tali diritti: inteso "universale" nel senso logico e avalutativo [...] della quantificazione universale della classe, comunque determinata, dei soggetti che ne sono

(4) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 726 e 728; cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.

(5) Si tratta di una formalizzazione logica suggerita, a suo tempo, da R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 46. La formalizzazione ora adottata in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 727 appare un po' più complessa di quella qui seguita in quanto dà ragione della distinzione tra persone naturali e persone giuridiche (che non sono titolari di diritti fondamentali) e delle due diverse titolarità dei diritti potestativi che possono essere riconosciuti alle persone naturali in quanto capaci d'agire o ai cittadini in quanto capaci d'agire. Qui per ragioni di spazio e per esigenze esplicative si è inteso seguire un tipo di formalizzazione logica il più possibile semplificata sul modello di quella suggerita da Guastini.

(6) Cfr. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 124-125.

titolari» (7). Di fatto, ci dice Ferrajoli, sono tutelati come universali, e quindi fondamentali, la libertà personale, la libertà di pensiero ecc. (8), ma «ove tali diritti fossero alienabili e quindi virtualmente non universali, come avverrebbe ad esempio in una società schiavista o interamente mercantile, essi non sarebbero universali né quindi fondamentali» (9). D'altro canto, se, invece, si decidesse di riconoscere come fondamentale un diritto assolutamente futile, come il diritto di fumare o il diritto ad essere salutati per strada, esso sarebbe, legittimamente, un diritto fondamentale. Tant'è che negli Stati Uniti d'America il diritto di portare armi è riconosciuto nel II emendamento ed è quindi a pieno titolo un diritto fondamentale. Il carattere formale di questa definizione permette di mantenere valido il concetto di diritto fondamentale qualunque sia l'ordinamento considerato. «In questo senso, almeno in Occidente, diritti fondamentali sono sempre esistiti, fin dal diritto romano, pur se per la maggior parte limitati a classi assai ristrette di soggetti» (10). Le tre identità di "persona", "cittadino" e "capace d'agire" pur nella infinita varietà delle discriminazioni di sesso, di etnia, di religione, di censo, di classe, di istruzione e di nazionalità, con cui sono state di volta in volta definite, hanno sempre rappresentato i parametri dell'inclusione e dell'esclusione degli esseri umani dalla titolarità dei diritti (11). Così, è potuto accadere che nell'antichità si sia negata la stessa identità di persona agli schiavi, concepiti come cose, o si sia negata la capacità di agire o la cittadinanza alle donne, agli eretici, agli apostati, agli ebrei (12). Per questa semplice ragione è possibile, allora, definire un ordinamento totalitario proprio per la mancanza di diritti fondamentali. Ciò che è sostanzialmente cambiato nel diritto non sono i criteri della personalità, cittadinanza, capacità d'agire, ma unicamente il loro significato dato dalla loro maggiore o minore estensione.

Non solo. Il carattere formale di questa definizione permette di non legare i diritti fondamentali dalla previsione o meno in un testo costituzionale. Questo consente di comprendere nella nostra definizione anche gli ordinamenti di *common law*. Infatti, in Inghilterra, dove non esiste una costituzione, i diritti fondamentali vengono fatti risalire alla *Magna Charta* del 1215 e al *Bill of Rights* del 1689, che hanno però il rango di leggi ordinarie (13). In altre

(7) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 728.

(8) *Ivi*, p. 730.

(9) L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 6.

(10) *Ivi*, pp. 8-9.

(11) *Cfr.* L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 736.

(12) *Ibidem*.

(13) L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 303.

parole, i diritti fondamentali individuano una categoria formale in grado di valere al di là dei limiti di tempo (si può parlare di diritti fondamentali anche nell'antica Roma) e di spazio (si può parlare di diritti fondamentali anche in un ordinamento a noi contemporaneo ma privo di costituzione). Riprendendo, infatti, la tesi bobbiana della "lotta per i diritti", Ferrajoli ricorda come i diritti siano l'esito di tutta una serie di rotture istituzionali che vanno dalle grandi rivoluzioni americana e francese, ai moti ottocenteschi per gli statuti, alle lotte operaie, femministe, pacifiste ed ecologiste del Novecento⁽¹⁴⁾. Insomma, la storia dei diritti appare la fedele immagine di una categoria in grado di coprire un arco temporale di svariati secoli. Si tratta di una categoria metastorica che in questa sua capacità di attraversare immutata tutte le epoche, tutte le ere, risulta assai vicina a quella di diritti naturali.

Il ricorso ad un tipo di definizione che faccia leva sul concetto logico di universale, inteso in senso analitico come quantificatore universale, permette alcuni vantaggi. Innanzitutto, rompere i ponti con la storicità; cioè, consente di prescindere totalmente dalle circostanze di fatto, per cui essa è valida per qualunque ordinamento, nazionale o internazionale, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso riconosciuti, compresi, come abbiamo visto, gli ordinamenti totalitari o premoderni. Facendo leva su una forma di razionalità astratta è in grado di non subire né limiti di tempo, né limiti di spazio. Inoltre, astracendo dagli argomenti dei diritti fondamentali, dai loro contenuti, le permette di prescindere dai valori e dalle esigenze da essi tutelate, e, quindi, di definirsi come ideologicamente neutrale. È in grado di valere, allora, qualunque sia la filosofia seguita, giusnaturalistica, liberale o socialista, democratica o antidemocratica, che sia. Persino anche nel caso di una teoria illiberale essa non perderebbe la propria validità. Si tratta, da questo punto di vista, di un modello per definizione universale.

3. *Le quattro tesi della teoria della democrazia costituzionale.*

Il carattere formale di questa definizione permette subito un importante risultato: è infatti già «sufficiente a identificare nei diritti fondamentali la base dell'uguaglianza giuridica»⁽¹⁵⁾. Grazie, infatti, all'uguaglianza giuridica, l'universalità espressa dal quantificatore universale dei tipi di soggetto che possono divenire parimenti titolari di tali diritti assume carattere strutturale, il che comporta il carattere aggiuntivo dell'inalienabilità e dell'indisponibilità

⁽¹⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 22.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 6. L'uguaglianza giuridica viene così ridefinita alla luce della forma universale dei diritti fondamentali come la titolarità in capo alle persone naturali dei medesimi diritti universali. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 787.

degli interessi sostanziali tutelati dai diritti fondamentali. I diritti fondamentali, infatti, «se sono di "tutti" (i membri di una data classe di soggetti), [...] non sono alienabili o negoziabili ma corrispondono, per così dire, a prerogative non contingenti e inalterabili dei loro titolari»⁽¹⁶⁾. A partire da questo primo presupposto assiologico è possibile affrontare tutta una serie di questioni cruciali per i diritti fondamentali.

Permette, cioè, «di fondare quattro tesi, tutte [...] essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale»⁽¹⁷⁾. 1) La strutturale differenza tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali. 2) L'emergere di una "dimensione sostanziale della democrazia" contrapposta alla democrazia formale. 3) Il carattere contingente e superabile della cittadinanza. 4) Infine, la tesi forse più importante, e, cioè, che laddove ai diritti non segua la predisposizione legislativa delle loro garanzie debba parlarsi non della loro inesistenza, ma di un "indebita lacuna" che deve essere colmata.

4. *Diritti fondamentali vs. diritti patrimoniali.*

Prima tesi. Saldandosi ad una autorevole tradizione critica nei confronti dell'istituto proprietario, Ferrajoli intende ora rilanciarla su salde basi teoriche⁽¹⁸⁾. John Locke, ad esempio, riteneva che fosse fine di ogni associazione umana difendere i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo, cioè, la libertà, la proprietà e la resistenza all'oppressione, incidendo, poi, sulla stessa definizione dell'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino dell'89, che riconosceva gli stessi diritti lockiani, e sull'articolo 17,

⁽¹⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 7. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 730.

⁽¹⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 9. Successivamente Ferrajoli ritornerà sull'idea di questa "fondazione" delle quattro tesi. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 130-131: «Quel "fondare" è indubbiamente un'espressione troppo forte, dato che può far pesare ad un qualche nesso logico tra la mia definizione e una teoria politica normativa della democrazia costituzionale, mentre a rigore una tesi può fondare, logicamente, soltanto se stessa. In realtà ... quella definizione è in grado di fondare solo le quattro tesi, anch'esse di teoria del diritto, che ho elencato».

⁽¹⁸⁾ Si tratta di un filone critico che risale al '700 e all'illuminismo e alla reazione alla Rivoluzione francese. Rousseau riconosceva che la proprietà era origine della disuguaglianza tra gli uomini. Famosa è l'affermazione perentoria di Proudhon secondo cui la proprietà è un furto. Marx, che pure non aveva mai sostenuto l'abolizione dell'istituto, aveva criticato fortemente la proprietà privata dei mezzi di produzione perché generava una illimitata capacità di possedere, illimitata perché non più proporzionata alla limitata capacità di consumo. Ferrajoli ritiene che questa critica possa essere fondata su basi strutturali. Tradizionalmente libertà e proprietà sono sempre state confuse benché radicalmente eterogenee.

che affermava il carattere "sacro e inviolabile" della proprietà. Questa commistione di diritti radicalmente eterogenei come libertà e proprietà è dovuta ad una giustapposizione di teorie giusnaturalistiche e tradizione civilistica romana che il liberalismo ha contribuito a compiere. Alla sua base vi sarebbe un'ambiguità dovuta essenzialmente al carattere polisenso del diritto di proprietà che indica ad un tempo tanto il diritto di divenire proprietario e il diritto di disporre, che ha carattere universale, quanto il diritto reale sul singolo bene che ha, invece, carattere esclusivo ed è quindi singolare⁽¹⁹⁾. Di qui un equivoco teorico, perché la proprietà e, in generale, tutti i diritti patrimoniali denotano quattro differenze strutturali rispetto ai diritti fondamentali che impediscono di annoverarli tra di essi.

Mentre i diritti fondamentali, infatti, sono universali (*omnium*), nel senso logico della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari, i diritti patrimoniali sono singolari (*singuli*), nel senso logico che per ciascuno di essi esiste solo *un* titolare o più titolari (come nella comproprietà), con esclusione di tutti gli altri. Sono *excludendi alios* e, quindi, riprendendo una terminologia civilistica, esclusivi. Il che significa che i primi sono riconosciuti in egual misura e forma, i secondi appartengono a ciascuno in maniera diversa sia per qualità che per quantità. Sono, cioè, alla base della disuguaglianza giuridica⁽²⁰⁾.

La seconda differenza è che i diritti patrimoniali sono disponibili, mentre i diritti fondamentali sono indisponibili per definizione. E qui possiamo distinguere un'*indisponibilità attiva*, in forza della quale questi non sono alienabili dal loro titolare (io non posso vendere la mia libertà personale o il mio diritto di voto, né la mia autonomia contrattuale). Mentre vi è, poi, un'*indisponibilità passiva*, in forza della quale questi non sono espropriabili da altri soggetti e, innanzitutto, dallo Stato. I diritti patrimoniali, invece, sono singolari in quanto possono essere oggetto di scambio nella sfera del mercato, oltre che di espropriazione per pubblica utilità.

Terza differenza legata alla precedente: mentre i diritti fondamentali sono immediatamente disposti dalle norme che li prevedono e si identificano con esse, i diritti patrimoniali possono essere costituiti, modificati ed estinti in forza di norme che attribuiscono determinati effetti a particolari atti di disposizione. Il primo tipo di norme sono *norme tetiche* che dispongono immediatamente le situazioni in esse previste, come l'articolo 21 della Costituzione che, appunto, istituisce la libertà di pensiero senza bisogno di alcun atto perfezionativo. Il secondo tipo, invece, sono *norme ipotetiche* che predispongono situazioni giuridiche quali effetti degli atti da esse previsti

⁽¹⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1, cit., pp. 759 ss.; cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 13.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 14.

come le norme del codice civile che predispongono diritti patrimoniali, o quelle che predispongono obbligazioni civili quali effetti di atti negoziali o contrattuali. Le norme ipotetiche, dunque, esprimono, riprendendo una terminologia kelseniana, la dimensione nomodinamica dell'ordinamento, le norme tetiche, invece, la dimensione nomostatica.

L'ultima differenza è che i diritti fondamentali esprimono una tensione verticale di tipo pubblicistico, un rapporto verticale dell'individuo nei confronti (anche) dello Stato, i diritti patrimoniali esprimono, invece, una relazione orizzontale di tipo civilistico (contrattuale, successorio e simili) del titolare con altri soggetti. Di qui anche, nel primo caso, derivano tutta una serie di divieti e obblighi a carico dello Stato la cui violazione è causa di invalidità delle leggi e degli altri atti pubblici, nel secondo, corrisponde o un generico divieto di non lesione, quando si tratta di diritti reali, o un'obbligazione debitoria, quando si tratta di diritti personali o di credito.

5. *La dimensione sostanziale della democrazia costituzionale.*

La seconda tesi che deriva dalla definizione di "diritto fondamentale" è l'affermazione del carattere "sostanziale" della democrazia⁽²¹⁾. In altri termini, è lo stesso paradigma della democrazia che deve ora essere conseguentemente riformulato. I diritti fondamentali non rappresentano, quindi, una autolimitazione sempre revocabile del sovrano, ma un sistema di vincoli e di limiti ad esso sovraordinato. Essi sono entrati nel panorama delle nostre democrazie come un vincolo contenutistico nei confronti della stessa maggioranza. Questo comporta un superamento dell'idea tradizionale che fa coincidere la democrazia con un insieme di regole e di procedure in grado di assicurare l'onnipotenza della maggioranza. Da questo punto di vista, se le regole sulla rappresentanza e sulla maggioranza segnano i confini di ciò che è *decidibile*, i diritti fondamentali aprono nel cuore della maggioranza la *sfera dell'indecidibile*⁽²²⁾. Il che comporta una conseguenza teorica, cioè, la dissociazione tra mero vigore e validità delle leggi, nel senso che una legge può ben essere in vigore, ma non essere valida perché incostituzionale⁽²³⁾.

(21) Ferrajoli intende riabilitare, così, l'idea di "democrazia sostanziale", che può essere fatta risalire a Joseph Schumpeter, e caduta in disgrazia in seguito ai molteplici usi ideologici che se ne è fatta. Si tratta di una riabilitazione che vuole avere un taglio dichiaratamente provocatorio.

(22) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 822; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 19-20.

(23) Sulla divaricazione tra validità e vigore cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 25 ss.

Il costituzionalismo affermatosi nel XX secolo ha fatto emergere, allora, l'urgenza di una trasformazione del "paleopositivismo" incentrato sul *principio di legalità formale*, e di una piena assunzione del *principio di legalità sostanziale*. Il *principio di legalità formale* o, se si vuole, il principio di mera legalità, afferma che una norma giuridica esiste ed è valida, indipendentemente dal suo contenuto, in virtù delle sole norme di produzione. Ora questo non basta più. Avendo il diritto positivo incorporato gran parte dei contenuti e dei valori del giusnaturalismo razionalistico (principio di uguaglianza, il valore della persona umana, i diritti civili e politici ecc.) si può dire affermato anche il *principio di legalità sostanziale*, cioè, la sottomissione della legge non più soltanto a vincoli formali, ma anche a criteri di tipo sostanziale⁽²⁴⁾. «Il divario tra essere e dover essere *del diritto* espresso dalla vecchia dicotomia legge positiva/legge naturale, si è infatti in buona parte tramutato in un divario tra essere e dover essere *nel diritto*»⁽²⁵⁾.

Da questo punto di vista, dovremo mutare tanto la nostra idea della cultura giuridica, quanto ruolo e funzione della giurisdizione. La scienza giuridica, infatti, non può più essere mera descrizione del diritto positivo, ma dovrà divenire anche critica e progettazione del diritto positivo⁽²⁶⁾. Abbandonato il dogma dell'apoliticità e dell'avalutatività del proprio approccio scientifico che viene a trattare come un fatto naturale ciò che naturale non è ma pienamente artificiale, il diritto positivo, la cultura giuridica e politologica di giuristi e filosofi dovrebbe ora assumere *in toto* il proprio ruolo politico. Ma anche la stessa attività giurisdizionale non può più rimanere la stessa. «La giurisdizione non è più semplice soggezione del giudice alla legge, ma è anche analisi critica del suo significato onde controllarne la legittimità costituzionale»⁽²⁷⁾. Si infrange, cioè, lo stesso dogma giuspositivistico e insieme democratico dell'onnipotenza del legislatore e della sovranità del parlamento con la subordinazione del potere legislativo della maggioranza alla legge costituzionale e ai diritti fondamentali⁽²⁸⁾. Una volta abbandonata

⁽²⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 349-350.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 351. Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 27 ss.

⁽²⁶⁾ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 74. Su cui cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 34 ss.

⁽²⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 36.

⁽²⁸⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 34.

la concezione ideologica dell'applicazione giudiziale improntata alla stretta avalutatività suggerita da una "cattiva teoria delle fonti", non si può non riconoscere la lezione kelseniana «e della filosofia analitica sul carattere inevitabilmente discrezionale delle scelte interpretative e quindi delle opzioni etico-politiche da esse richieste»⁽²⁹⁾. Da questo punto di vista, solo un'opzione garantista a favore del costituzionalismo che richiami i principi costituzionali è in grado reinterpretare il nuovo ruolo che la giurisdizione deve assumere con l'avvento dei diritti fondamentali.

6. Il superamento della cittadinanza.

La terza tesi ci riporta nel pieno del fenomeno d'internazionalizzazione dei diritti, ricavando dalla struttura logica dei diritti la loro vocazione universalista. Infatti, dopo la nascita dell'Onu e il fiorire di carte e convenzioni aventi ad oggetto i diritti dell'uomo, i diritti fondamentali non sono più una figura interna alle nostre democrazie, ma «sono diritti sovrastatali cui gli Stati sono vincolati e subordinati anche al livello del diritto internazionale; non più diritti del cittadino, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze»⁽³⁰⁾. Ma si tratta di un processo ancora incompleto in quanto, sulla base della teoria di Marshall, l'intero catalogo dei diritti fondamentali è stato sostanzialmente appiattito sulla cittadinanza⁽³¹⁾. «Oggi la "cittadinanza" e la "capacità d'agire" sono rimaste le uniche differenze di status che ancora delimitano l'uguaglianza nei diritti degli esseri umani, riconosciuti tutti come "persone"»⁽³²⁾.

La cittadinanza, infatti, non è un semplice *status* soggettivo al pari della personalità, ma il presupposto per il godimento di tutti i diritti fondamentali, a partire dai diritti civili, che spettano di solito, a dispetto del nome, alle persone, sino ai diritti sociali. La cittadinanza viene, così, a sostituire l'uguaglianza. Il fatto è che quando si è deciso di prendere sul serio i diritti fondamentali, ne è stata negata l'universalità, ignorando che «quasi tutti, eccettuati i diritti politici e taluni diritti sociali, sono attribuiti dal diritto positivo – sia statale sia internazionale – non già ai soli cittadini ma a tutte le persone»⁽³³⁾. Va detto, invece, che «di fronte alla parallela crisi dello

⁽²⁹⁾ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, cit., p. 74.

⁽³⁰⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 22-23.

⁽³¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., pp. 587 ss.

⁽³²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 731.

⁽³³⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 23.

Stato nazionale e della sovranità, cui la cittadinanza è connessa, sembra oggi ancor meno legittimo declinare i diritti fondamentali in termini statalistici»⁽³⁴⁾.

A fronte di questi repentini cambiamenti nelle nostre società economicamente e giuridicamente avanzate impressi dalla globalizzazione e dai flussi migratori, la cittadinanza appare come l'ultimo baluardo di privilegi che proclamiamo per noi e neghiamo agli altri⁽³⁵⁾. Invece, la credibilità dei diritti fondamentali nelle nostre democrazie è strettamente «legata al loro proclamato universalismo»⁽³⁶⁾. Si tratta di diritti che sono sempre stati universali solo a parole: «se normativamente, fin dalla Dichiarazione francese del 1789, sono sempre stati diritti della persona, di fatto sono sempre stati diritti del cittadino»⁽³⁷⁾ e questo perché, per tutto l'Ottocento fino alla Dichiarazione universale del '48, e alla riflessione di Marshall, la distinzione tra "persona" e "cittadino" non faceva problema. Allora non c'era ancora la minaccia migratoria. Ma adesso questa distinzione non è più possibile. Di qui la necessità del superamento della cittadinanza quale status privilegiato, o sopprimendola *tout court*, o istituendo la cittadinanza universale⁽³⁸⁾, cioè «in entrambi i casi, superando la dicotomia diritti dell'"uomo"/diritti del "cittadino" e riconoscendo a tutti gli uomini e donne del mondo, in quanto semplicemente persone, i medesimi diritti fondamentali»⁽³⁹⁾. Da questo punto di vista, anche il diritto d'asilo non rappresenta altro che l'altra faccia della cittadinanza e della sovranità. Tradizionalmente riservato ai soli rifugiati per persecuzioni politiche, razziali o religiose, ora, dovrebbe essere riconosciuto anche ai rifugiati per lesioni al diritto di sussistenza. Lo stesso *ius migrandi*, il «più antico dei diritti naturali, enunciato alle origini della civiltà giuridica moderna dal teologo spagnolo Francisco de Vitoria»⁽⁴⁰⁾, è segnato dalla stessa incongruenza logica che ha le sue radici nel carattere discriminatorio della cittadinanza⁽⁴¹⁾. Il diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese, di emigrare, è «un diritto universale, conferito a tutti gli esseri umani, [...] che evidentemente comporta il diritto di immigrare in un paese diverso da quello di emigrazione, e perciò il dovere della comunità internazionale di garantirne

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 24.

⁽³⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 789.

⁽³⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 24.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 25.

⁽³⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 352 e 590.

⁽³⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 287-291.

⁽⁴⁰⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 179.

⁽⁴¹⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 349-356.

l'esercizio»⁽⁴²⁾. Il diritto di immigrare può, quindi, essere dedotto logicamente dal diritto di emigrare per cui non è più una questione di riconoscerlo o meno, ma di garantirlo⁽⁴³⁾.

In definitiva, la cittadinanza rappresenta l'ultimo simbolo, forse il più odioso, della chiusura dell'Occidente ricco nei confronti del Sud del mondo e il suo superamento innescherebbe la più grande redistribuzione del reddito della storia. Universalità e universalismo giungono qui a coincidere.

7. La tesi dell'"indebita lacuna".

Infine, la quarta e ultima tesi, forse la più importante, data dalla questione delle garanzie. È luogo comune che il mancato riconoscimento di quei diritti, che sono normalmente i diritti sociali, espressi da norme programmatiche risieda nel loro essere "diritti di carta". Si tratta di diritti che sul piano interno o su quello internazionale risultano sprovvisti delle necessarie garanzie. Se si fa coincidere l'esistenza del diritto con la predisposizione delle rispettive garanzie, si dovrebbe concludere circa la loro inesistenza. Ma le cose non stanno così. Kelsen, come è noto, riteneva che una norma giuridica che stabilisca un diritto in termini generali, ma a cui non possa essere collegata l'imputazione di una sanzione corrispondente alla sua violazione, non abbia il significato di norma giuridica. Se la norma giuridica è strutturalmente un imperativo ipotetico rivolto ai giudici che collega una sanzione all'illecito, laddove manchi la predisposizione della garanzia bisogna concludere che non è stato attribuito alcun diritto. Questo nesso logico diritto soggettivo-sanzione della tesi kelseniana, improntata, poi, ad un brutale realismo, risulta in definitiva assai poco kelseniana⁽⁴⁴⁾. Se, infatti, le norme giuridiche attributive di diritti soggettivi validamente prodotte esistono, anche quando sprovviste delle relative garanzie, restano pur sempre norme positive validamente prodotte.

L'idea che non siano norme e che si risolvano in meri *flatus vocis*, appare,

⁽⁴²⁾ L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 179.

⁽⁴³⁾ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 152: «la norma come quella enunciata dall'articolo 13 cpv della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – "ogni individuo ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio" – comporta non solo il divieto per ciascuno Stato di impedire l'emigrazione, ma anche il divieto per la comunità internazionale di impedire l'immigrazione e il correlativo obbligo dell'accoglienza in almeno uno degli altri Stati». Ma si veda anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 355.

⁽⁴⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 914.

dunque, a tutti gli effetti contraddittoria perché arriva a dire che alcune norme dell'ordinamento non siano da considerare norme non in virtù della loro forma, per ragioni di mera produzione, ma in virtù del loro significato. Si tratta di un'aporia evidente dal punto di vista del normativismo kelseniano, a cui la teoria (normativa) di Luigi Ferrajoli intende porre rimedio. Se noi, infatti, distinguiamo i *diritti soggettivi*, che sono «aspettative positive (o di prestazioni) o negative (di non lesioni) attribuite a un soggetto da una norma giuridica, e i doveri corrispondenti che ne costituiscono le *garanzie* parimenti dettate da norme giuridiche»⁽⁴⁵⁾, vediamo che da una parte i diritti sociali sono perfettamente diritti, ma sono sprovvisti di garanzie, dall'altro che, visto il loro carattere universale, trattandosi di diritti fondamentali, cioè diritti soggettivi posti da norme tetiche, sono necessarie delle ulteriori norme affinché quelle garanzie possano esistere⁽⁴⁶⁾. Le garanzie, appunto, possono essere primarie, in quanto istituiscano obblighi e doveri correlativi ai diritti, o secondarie, in quanto muniscano quegli stessi obblighi e divieti della relativa sanzione da irrogarsi nel caso della loro violazione, rendendoli giustiziabili⁽⁴⁷⁾. Nel caso dei diritti fondamentali sono necessarie tanto le garanzie primarie mediante le norme penali a tutela della vita, dell'integrità ecc. o mediante le norme sociali a tutela del lavoro, della salute, dell'istruzione ecc., quanto le garanzie secondarie attraverso l'istituzione di giurisdizioni penali civili e amministrative nel caso di violazione delle suddette garanzie primarie⁽⁴⁸⁾. In un sistema nomostatico, come la morale o il diritto naturale, basato su rapporti puramente logici tra le norme, non sono possibili né lacune, né antinomie. Qui se due norme sono in contraddizione, una delle due deve essere invalida. In un sistema nomodinamico, come sono, appunto, i nostri ordinamenti, questo non accade, per cui si generano tanto delle "indebite lacune" quanto delle "indebite antinomie" che dovranno essere rimosse⁽⁴⁹⁾.

La costruzione logica dei diritti fondamentali, una volta espulso il tema della storicità permetterebbe, allora, un avvicinamento tra sistemi nomostatici e sistemi nomodinamici⁽⁵⁰⁾. In questi ultimi, infatti, esistendo i criteri

⁽⁴⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 27.

⁽⁴⁶⁾ Laddove, nel caso dei diritti patrimoniali, trattandosi di norme ipotetiche, il dovere nasce correlativamente e simultaneamente al diritto con l'atto stesso che li pone in essere (ad esempio, un contratto). Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 654 e 915.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 910.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 917.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 684 ss. e L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 222.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 915 ss.

formali di identificazione delle norme, l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica di obbligo, di divieto, permesso o di un diritto, dipende esclusivamente dall'esistenza della norma positiva. È un mero fatto empirico⁽⁵¹⁾. Così, visto che il legislatore non è un essere perfetto, è possibilissimo che, dato un diritto consistente in una norma tetica, come sono i diritti fondamentali, non esista l'obbligo o il divieto corrispondente (a causa dell'indebita inesistenza della norma che dovrebbe prevederli) o che, data una facoltà di comportamento garantita da un diritto di libertà, esista tuttavia il divieto dello stesso comportamento (a causa dell'indebita esistenza della norma che prevede quell'obbligo)⁽⁵²⁾. Insomma, tanto le lacune, quanto le antinomie, sono in un ordinamento nomodinamico, inevitabili⁽⁵³⁾. Secondo la teoria kelseniana, senza il diritto penale non esisterebbe nemmeno il diritto alla vita, senza le norme sul divieto di arresto senza mandato non esisterebbe la libertà personale, e così via. Ma sarebbe assurdo negare l'esistenza dei diritti in presenza delle norme che li predispongono, anche qualora non ci fossero le norme che predispongono le garanzie, primarie o secondarie. Se vogliamo dirci conseguentemente positivisti e non vogliamo cadere in una sorta di "giusnaturalismo realistico", dobbiamo, allora, ammettere che i diritti e le norme che li esprimono esistono proprio in quanto positivamente prodotti dal legislatore ordinario o internazionale «e che quindi l'assenza delle garanzie deve essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni e internazionali, riempire»⁽⁵⁴⁾. In questo senso, le violazioni ad opera dei pubblici poteri non saranno altro che indebite antinomie che devono essere sanzionate come atti illeciti o annullati come atti invalidi.

8. *Universalismo logico e pluralismo culturale.*

L'idea di diritti fondamentali fondata sul concetto logico di "universale" appare adeguata anche a fronte del pluralismo culturale che contraddistingue in modo sempre più marcato le nostre società. L'universalismo logico rappresenta l'unica via di pensabilità di un qualsivoglia multiculturalismo. Un approccio che muove dal multiculturalismo e dal relativismo culturale, non solo non riesce a fondare l'universalità, ma incorre in "tre ordini di fallacie": di tipo metaetico, giuridico e metagiuridico⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 916.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 694.

⁽⁵⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 31; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 918.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 57 ss.

La prima fallacia si determina dal fatto che, «dal riconoscimento di fatto della pluralità e diversità delle culture», si fa derivare la «tesi etica e normativa del loro uguale valore»⁽⁵⁶⁾.

La seconda fallacia, quella giuridica, verte sulla falsa considerazione che «le norme sui diritti fondamentali *suppongano di fatto* la loro condivisione morale [...] anche solo dalla maggioranza»⁽⁵⁷⁾. Cosa che, oltre a essere falsa, presupponendo che tutti debbano condividere gli stessi valori, sarebbe pure illiberale. Sebbene una qualche adesione sia una condizione pragmatica indispensabile, va detto che proprio l'adesione a questi valori etico-politici, impone «di non imporre alcun tipo di etica o di credo politico, neppure democratico o liberale»⁽⁵⁸⁾.

Infine, la terza fallacia di tipo metagiuridico fondata sul «pregiudizio diffuso» che la legittimità dei diritti «si fondi sul consenso ad essi prestato dalla maggioranza»⁽⁵⁹⁾. Il fatto è che «i diritti fondamentali sono precisamente diritti *contro* la maggioranza»⁽⁶⁰⁾. Per questo il fondamento del patto democratico sui diritti fondamentali va visto proprio nel fatto che sia pattuita la non esclusione di nessuno⁽⁶¹⁾. «La non esclusione», in altri termini, «non riguarda la sfera dei contraenti [...] bensì le clausole del patto. Non riguarda la forma o i soggetti del contratto, ma i suoi contenuti»⁽⁶²⁾. Se si richiedesse, infatti, l'universalità del consenso o la comunanza interculturale sarebbero ben pochi, perfino all'interno della medesima cultura, i principi o i valori che potrebbero essere considerati davvero universali, ovvero, si perverrebbe a costituzioni minimali e forse regressive⁽⁶³⁾. Un'estensione logica dei contenuti del patto non patirebbe, invece, queste limitazioni. L'uguaglianza *en*

⁽⁵⁶⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 340-341. Il relativismo sfocerebbe, così, in una «accettazione di qualunque cultura, inclusa quella nazista e quelle criminali e mafiose, e quindi da un lato [nel] la dissoluzione del valore di tutte le culture, dall'altro [nel] la separazione e segregazione come culture antagoniste e non comunicanti».

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 341.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 343.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 344.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Eppure, si può obiettare, è proprio il riferimento ai contenuti del patto, quegli stessi contenuti che la teoria formale dei diritti fondamentali vorrebbe elidere, che postula il consenso di quelle culture che l'universalità logica irrimediabilmente sorvola. Cfr. su questo A. ARGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli, 2005, p. 320: «pare invece di dover considerare il consenso una condizione di legittimità dei diritti universali o, se si vuole, in generale, del contenuto del patto (sociale)».

droits impone infatti che sia garantito l'eguale valore delle differenze cioè la non discriminazione delle differenze⁽⁶⁴⁾. Il che vuol dire che semplicemente di fatto il modello universalistico dei diritti fondamentali continua ad essere violato attraverso le discriminazioni che colpiscono donne, analfabeti proletari, non-cittadini⁽⁶⁵⁾. Si tratterebbe dunque di denunciare l'inefficacia che l'asimmetria tra uguaglianza come norma e differenze come fatti generano continuamente.

9. La questione del fondamento a partire dalla definizione logica di "diritto fondamentale".

L'idea logica di "universale" è in grado di affrontare anche un classico tema giusnaturalistico, la questione del fondamento dei diritti fondamentali. A partire dalla definizione logica dei diritti fondamentali, Ferrajoli ne individua quattro. Si possono, infatti, individuare «quattro criteri assiologici, tutti riferiti al valore della persona umana, assunta come fine e mai come mezzo secondo la classica massima della morale kantiana»⁽⁶⁶⁾.

Il primo di questi criteri è dato dal nesso tra diritti fondamentali e *uguaglianza*. La forma universale dei diritti fondamentali equivale, infatti, all'uguaglianza, in quanto la loro titolarità viene attribuita in egual modo a tutte le "persone", "cittadini", "capaci d'agire". Poi, si tratterà di dire in *che cosa* sia giusto essere considerati eguali e questa è precisamente una determinazione assiologica che fa dell'uguaglianza un criterio su cui *devono* essere fondati i diritti fondamentali.

Il secondo criterio è dato dal nesso esistente tra *democrazia* e diritti. I diritti fondamentali, infatti, pongono dei chiari vincoli sostanziali al potere della maggioranza e aprono ad una concezione *sostanziale* della democrazia. I diritti di libertà, i diritti sociali, i diritti politici e i diritti civili individuano, dunque, altrettante dimensioni assiologiche della democrazia.

Il terzo criterio, secondo la classica *lectio* bobbiana, è quello del nesso tra diritti fondamentali e *pace*. Questo nesso è, appunto, già espresso nel preambolo della Dichiarazione universale del '48. Infatti, devono essere garantiti come fondamentali tutti quei diritti vitali necessari alla *pacifica*

⁽⁶⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 799. Sulla nozione di eguaglianza giuridica come eguale titolarità di diritti fondamentali e il delicato rapporto con le differenze identitarie e culturali cfr. T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 207-231.

⁽⁶⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 800.

⁽⁶⁶⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 299.

convivenza delle persone e, quindi, non più solo i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali.

Il quarto criterio è dato dal ruolo assunto dai diritti fondamentali quale *legge del più debole*. I diritti sono, appunto, sottratti all'arbitrio della maggioranza e alle dinamiche stritolanti del mercato capitalistico in difesa dei più deboli, in opposizione alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza. Tra questi quattro valori e i diritti fondamentali esiste quel nesso di razionalità strumentale che lega mezzi a fini, nel senso che la forma universale dei diritti fondamentali non è altro che «quella forma logica che le aspettative espresse da tali diritti devono possedere *se vogliamo* che esse, qualunque ne sia il contenuto, siano tutelate e soddisfatte»⁽⁶⁷⁾.

10. *Le conseguenze dell'universalismo logico sul piano del diritto internazionale.*

L'avvento dei diritti fondamentali a livello internazionale comporta, però, necessariamente un'alterazione interna del modello giuspositivistico⁽⁶⁸⁾. Infatti, questo fatto ha portato l'idea stessa di sovranità al tramonto⁽⁶⁹⁾. Esiste ormai un'antinomia irriducibile tra sovranità e diritto, che l'universalità dei diritti fondamentali contribuisce a far emergere: un'antinomia evidente non più solo sul piano interno, attraverso la dissociazione tra validità e vigore, ma anche sul piano internazionale, da quando hanno fatto la comparsa tanto la Carta dell'Onu del '45 quanto la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48⁽⁷⁰⁾. Questo significa che si sono prodotte delle indebite lacune non più solo all'interno degli Stati, ma anche all'esterno, nel diritto internazionale.

Con la Carta dell'Onu si è affermato un nuovo modello di diritto internazionale che ha fatto venire meno il vecchio paradigma inaugurato oltre tre secoli fa con la Pace di Westfalia. Quello della Carta dell'Onu è un vero e proprio contratto sociale internazionale che ha fatto venire meno la sovranità sia sul suo versante interno sia su quello esterno⁽⁷¹⁾. Con il costituzionalismo questa è venuta sostanzialmente ad attenuarsi sino a dissolversi. Ora questo fenomeno si verifica anche sul suo versante esterno perché non più solo gli Stati, ma anche gli individui sono riconosciuti, coi diritti umani, soggetti di diritto internazionale⁽⁷²⁾. Riprendendo la linea indicata da Kelsen nel suo *La*

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 300.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., p. 591.

⁽⁶⁹⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 8.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 40.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 41.

pace attraverso il diritto circa un'effettiva limitazione della sovranità degli stati, al loro esterno, mediante l'introduzione di garanzie giurisdizionali contro le violazioni della pace, e dei diritti umani, al loro interno, Ferrajoli propone una riforma radicale, se non rivoluzionaria, dell'attuale panorama del diritto internazionale. «Quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla Carta dell'Onu e dalle dichiarazioni, convenzioni e patti internazionali sui diritti umani, è restato sulla carta»⁽⁷³⁾, infatti. L'ineffettività delle garanzie, che la esponc ad ogni violazione, è dovuta dalla mancanza di una giurisdizione penale internazionale in grado di sanzionare i crimini contro l'umanità a cominciare dalla guerra, pur prevista dallo statuto della Corte penale internazionale approvato a Roma nel 1998. Mancano, inoltre, una giurisdizione costituzionale internazionale che censuri gli atti degli Stati e degli organismi dell'Onu commessi in violazione del principio della pace e dei diritti umani, un sistema di obbligazioni internazionali a difesa dei diritti sociali e dei minimi vitali dei paesi più poveri, una tassazione per l'uso, l'abuso e la distruzione da parte dei paesi più ricchi dei beni del pianeta, infine, un'organizzazione permanente che attribuisca il monopolio della forza in capo all'Onu.

La declinazione in questi termini dell'universalismo giuridico fondato sulla "teoria dei diritti fondamentali" appare come l'unico strumento in grado di arginare questa regressione nelle relazioni internazionali innescata dal prevalere della logica della guerra, dalle dinamiche del "paleo-capitalismo" e dalla globalizzazione che rischiano di travolgere, ormai, i diritti umani.

11. Conclusioni.

Quello di Luigi Ferrajoli appare come uno straordinario sforzo teorico di rilettura e sistemazione di quel passaggio epocale che ha portato il diritto positivo sotto l'egida dei diritti fondamentali. Come ha precisato lo stesso Ferrajoli, si tratta di un'assiomatizzazione del paradigma costituzionale che non vuole soltanto essere una costruzione teorica del garantismo, ma intenderebbe sin dal principio svolgere essa stessa, col proprio rigore logico e scientifico, un ruolo garantista *tout court*, cioè a tutti gli effetti normativo rispetto al diritto positivo⁽⁷⁴⁾.

Se da una parte appare una teoria in grado di legittimare l'universalità di un gran numero di diritti, *in primis* i diritti sociali, sembra, dall'altra,

⁽⁷³⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 352.

⁽⁷⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 35.

innescare tra teoria e diritto positivo un circolo (o, se vogliamo, un cortocircuito) della normatività⁽⁷⁵⁾ difficilmente arrestabile, sino a slociare in una completa ricostruzione del proprio oggetto d'analisi. Del resto la categoria di "diritto fondamentale", grazie alla sua costruzione logica, appare come una categoria metastorica in grado di spaziare al di là di ogni limite di spazio e tempo da un capo all'altro del globo e della storia (quasi si trattasse di un sistema di diritti naturali di ascendenza giusrazionalista, di cui conserva, tra l'altro, la stessa vocazione critico-normativa). Il che impedisce però di distinguere figure non facilmente assimilabili come i diritti delle rivoluzioni francese e americana affermati da singoli Stati autonomamente contro i vecchi apparati cetuali o per la propria indipendenza politica dalla madrepatria (e, nonostante la loro propensione universalista, comunque discriminatori per ragioni di genere, censo, nazionalità e razza) e i diritti umani affermati, dopo gli orrori della seconda guerra mondiale, dalla comunità internazionale quali garanzie imprescindibili per gli individui e vincolanti per ogni singolo Stato al di là di ogni discriminazione di genere, di razza e di nazionalità. Così come sulla base di questa teoria non è possibile distinguere diritti costituzionali corrispondenti ai diritti umani internazionalmente riconosciuti da diritti, sempre di rango costituzionale, ma che non corrispondono ai diritti umani (es. il diritto di portare armi nella Costituzione degli Stati Uniti) e rispetto ad essi irrimediabilmente spuri. In tal senso non risulta facilmente comprensibile come sia possibile parlare di diritti fondamentali di fronte a realtà radicalmente aliene come l'Impero romano o uno Stato totalitario se non in termini di totale assenza.

Questo cortocircuito della normatività tra teoria e diritto positivo appare particolarmente evidente nella tesi dell'indebita lacuna, laddove porta i sistemi nomodinamici a collassare letteralmente sui sistemi nomostatici contraddicendo l'idea comune che con i sistemi nomodinamici si sia raggiunta una conquista rispetto a sistemi normativi meno evoluti come la morale o il diritto naturale⁽⁷⁶⁾. E questo non solo perché per individuare una lacuna o un'antinomia ci sarebbe bisogno di far riferimento a quei contenuti da cui la teoria ferrajoliana vorrebbe astrarre, ma anche perché, facendo

(75) Tale circolarità è data da fatto che il diritto positivo, con l'assunzione del paradigma costituzionale, è stato in grado di anticipare la teoria e che la teoria, prendendo sul serio i diritti fondamentali, ha assunto nei confronti del diritto positivo un ruolo performativo. Cfr. *ivi*, p. 37.

(76) I sistemi nomostatici infatti patirebbero alcuni difetti strutturali: l'incertezza determinata dalla mancanza di una norma di riconoscimento, la staticità delle norme che lo compongono, l'inefficienza dovuta alla mancanza di sanzioni e di un organo che ne colpisca le violazioni. Cfr. H.L. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961; trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 108 ss.

coincidere il significato dei diritti con quello delle norme che li pongono⁽⁷⁷⁾, viene a compromettere tanto la loro razionalità quanto la loro stessa valenza garantista. Rinunciando al piano della sostanzialità dei diritti che si dà solo nella storia e nello sviluppo positivo che le corti ne danno, non è possibile dire quali sono le fragilità, le inefficienze o le contraddizioni del sistema dei diritti umani, salvo prospettare un vero e proprio salto nel buio. In altri termini i diritti in questo modo risultano essere totalmente indeterminati per poter svolgere una qualche funzione normativa: un conto è dire che esiste una lacuna che deve essere colmata, un altro è dire come debba essere colmata perché questo è possibile solo tenendo presente il piano della storicità dei diritti umani, cioè considerando i criteri e i contenuti elaborati da corti che a livello internazionale ci vincolano sul piano nazionale.

Gli effetti di questa prospettiva militante appaiono però lasciare ugualmente perplessi, almeno per chi considera irrinunciabile una qualche opzione, non necessariamente di tipo giuspositivista, a favore del diritto positivo. Infatti, diritti positivamente affermati tra i diritti umani come la proprietà e la cittadinanza cessano nel modello ferrajoliano di essere tali e ad essi se ne aggiungono per via logica altri, come lo *ius migrandi*, non ancora positivizzati.

La proprietà⁽⁷⁸⁾ affermata tanto nella Dichiarazione universale quanto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo non necessariamente si può dire disposta a favore di chi più ha o "del più forte". Anzi. Forse è proprio chi più ha che, facendo leva sulle condizioni di potere e sull'assenza di regole, ha meno bisogno dell'inclusione dei diritti patrimoniali tra i diritti umani. Basterebbe considerare a questo proposito le innumerevoli espropriazioni che si sono avute durante i più vari regimi totalitari⁽⁷⁹⁾ (cosa questa che ne ha poi giustificato il

⁽⁷⁷⁾ È un punto sottolineato da A. PINTORE, *I diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 186: «L'identificazione tra diritti e norme porta in realtà ad eludere il problema della complessità, indeterminatezza, equivocità, del contenuto delle stesse norme che pongono i diritti».

⁽⁷⁸⁾ L'esclusione della proprietà dal novero dei diritti fondamentali si basa, come accennato, sul carattere inalienabile di questi che ovviamente non è possibile riscontrare nei diritti patrimoniali, riproponendo un riferimento che si trova nell'articolo 1, secondo comma, della Legge fondamentale tedesca che sancisce, appunto, che «il popolo tedesco riconosce gli inviolabili ed inalienabili diritti dell'uomo», ma che non si ritrova né nella Dichiarazione universale, né nella Convenzione europea. Da questo punto di vista, come nota acutamente Jori, il demanio, che è una proprietà pubblica inalienabile, non avrebbe, smentendo in questo modo l'opinione della civilistica, carattere patrimoniale. Cfr. M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 103 nt. 15. Lo stesso dicasi per le proprietà archeologiche dello Stato, delle province e delle regioni che sarebbero, dunque, proprietà che non sono proprietà.

⁽⁷⁹⁾ Basterebbe ricordare la sistematica appropriazione del regime nazista dei beni degli ebrei. Ma lo stesso accadde sotto le dittature comuniste ai danni degli oppositori di regime. Il problema, ad esempio, si pose, sia per quanto riguarda il

riconoscimento nella Dichiarazione universale) o, per venire ai giorni nostri, a quelle subite dagli indios dell'Amazzonia per opera di multinazionali pronte a tutto o, infine, quelle patite nell'Indonesia, Thailandia e Sri Lanka del dopo tsunami dalle comunità indigene di pescatori e contadini per opera sempre delle multinazionali del turismo. E non sembra in grado di inficiare quest'obiezione l'osservazione che nell'ottica di questa teoria è il diritto di disporre ad essere fondamentale, non il singolo diritto reale, perché a fronte di un esproprio subito con la connivenza o il diretto coinvolgimento delle istituzioni che dovrebbero proteggerlo è proprio di quello specifico diritto reale che si chiede tutela non del diritto ad acquisire la proprietà. Insomma, se le ragioni della tutela di questo diritto possono essere mutate, ciò non esclude comunque la necessità della sua garanzia affinché determinate ingiustizie non abbiano più a ripetersi.

Lo stesso dicasi per la cittadinanza che l'universalismo logico intenderebbe superare. Anch'essa in passato ha rappresentato uno dei primi bersagli dei regimi totalitari per colpire le minoranze⁽⁸⁰⁾; per quanto ora possa essere la leva per nuove discriminazioni (ad es. ai danni dei non cittadini), ciò non implica che non lo possa diventare ancora in futuro. Vi sono dunque buone ragioni per considerare la cittadinanza un diritto che ogni Stato è tenuto a garantire ai propri abitanti con conseguenze circa il diritto all'elettorato attivo e passivo, circa la loro mobilità, *in primis*, il cd. diritto di incolato, cioè il diritto a non essere espulsi dal proprio paese d'origine⁽⁸¹⁾.

Comitato dei diritti dell'uomo dell'Onu, sia per quanto riguarda la Corte di Strasburgo, in relazione alle domande di restituzione dei beni confiscati sotto il regime comunista in Cecoslovacchia. Cfr. A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 202-204 e in particolare, per quanto riguarda il Comitato, *Alina Simunek, Dagmar Hastings, Tuzilova e Josef Prochazka c. Repubblica Ceca*, Conclusioni del 31 luglio 1995, comunicazione n. 516/1992 e, per la Corte CEDU, *Polacek e Polackova c. Repubblica ceca*, decisione di irricevibilità del 10 luglio 2002, non pubblicata.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace and World, New York, 1951; trad. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, p. 409: «La disgrazia degli individui senza status giuridico non consiste nell'essere privati della vita, della libertà, del perseguimento della felicità, dell'eguaglianza di fronte alla legge e della libertà di opinione ..., ma nel non appartenere ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più neppure opprimerli. Solo nei regimi totalitari nell'ultima fase di un lungo processo, il loro diritto alla vita è minacciato. Solo se rimangono perfettamente "superflui", se non si trova nessuno che li "reclami", la loro vita è in pericolo. I nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei Lager; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva».

⁽⁸¹⁾ Sul cd. diritto di incolato cfr. S. FORIATI, *La cittadinanza nel diritto internazionale*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, Caloscarina, Venezia (2007) 2009, seconda edizione, pp. 67 ss..

Per quanto riguarda l'inclusione del diritto ad immigrare tra i diritti fondamentali, non è detto che muovere da mere implicazioni logiche a partire dal diritto ad emigrare sia il migliore argomento avanzabile per sostenerne la necessità. Il diritto ad immigrare, in altri termini, può risultare necessario non per questioni logiche di coerenza e nemmeno per ragioni di giustizia, ma per le disfunzioni che la sua mancanza sul piano giuridico provoca nel sistema dei diritti umani e per l'assoluta irrazionalità ed inefficienza che le politiche migratorie protezioniste dimostrano attraverso una smisurata produzione di clandestinità ed illegalità che nelle intenzioni vorrebbero invece colpire⁽⁸²⁾.

Ma un'ulteriore conseguenza della costruzione logica del concetto di diritto fondamentale e di questo appiattimento dei sistemi nomodinamici su quelli nomostatici, è la modulazione del diritto di eguaglianza sulla base del quantificatore universale "tutti". Intesa l'uguaglianza come eguale distribuzione di diritti fondamentali, l'uguaglianza cessa di essere un diritto autonomo per assumere un carattere accessorio nel senso che essa può essere richiamata soltanto laddove un diritto fondamentale entra in gioco. L'uguaglianza sarebbe invece un diritto autonomo e indipendente (dalla violazione di un altro diritto fondamentale) qualora fosse riconosciuto come principio generale di eguaglianza, ovvero qualora la sua violazione possa avvenire non solo nel caso di ineguale distribuzione di diritti fondamentali, ma anche quando ci si trova di fronte ad una distribuzione ineguale di un qualsiasi diritto sancito per legge⁽⁸³⁾.

L'uguaglianza *en droits*, quale perfetta simmetria di diritti, difficilmente potrebbe dare espressione alle *positive actions* che lo Stato può mettere in campo per superare situazioni di reale disparità di trattamento, cioè alla cd. eguaglianza sostanziale, tra l'altro espressamente riconosciuta dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione italiana, che per noi rappresenta un

⁽⁸²⁾ Cfr. P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, P. 37. Riconoscere il diritto ad immigrare potrebbe avere l'effetto di costringere gli Stati a garantire condizioni più praticabili per l'entrata legale degli immigrati in modo da non favorire, scoraggiandola e rendendola impossibile, l'immigrazione clandestina. Per questo argomento mi permetto di rinviare al mio D. RUGGIU, *Il concetto dell'altro*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, cit., pp. 165-187.

⁽⁸³⁾ Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il diritto di eguaglianza ha appunto carattere accessorio nel senso sopra descritto, mentre i Patti internazionali del '66 riconoscono un principio generale di eguaglianza. Con l'adozione del Protocollo 12 alla Convenzione (già in vigore ma non ratificato dalla maggioranza dei paesi europei tra cui il nostro) si dovrebbe passare ad un principio generale di eguaglianza. Cfr. C. OVEY, R. WHITE, JACOBS and WHITE: *The European Convention on Human Rights*, terza edizione, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 348-349, 358 ss.

risultato più che acquisito. C'è infatti da dubitare che una modulazione logica dell'eguaglianza, per quanto non particolarmente garantista se non regressiva rispetto all'eguaglianza come diritto autonomo, riesca a dare soluzione alla questione posta dal multiculturalismo e dalle richieste di riconoscimento avanzate viepiù dalle minoranze culturali presenti in società altamente differenziate e complesse come le nostre. Potrebbero dirsi soddisfatte, ad esempio, le minoranze dell'Alto Adige, del Friuli e della Val d'Aosta, tanto per riferirsi a situazioni che da noi difficilmente possono essere discusse e che non costituiscono certo un'eccezione sul piano internazionale?

Se il fragile piano giuridico appare frustrato dalle implicazioni logiche della teoria dei diritti fondamentali, ben maggiori risultano le conseguenze sul piano internazionale. Attribuire alla Corte penale internazionale tutta la responsabilità della garanzia dei diritti umani non sembra affatto esente da problemi. La Corte penale internazionale, infatti, non è del tutto autonoma dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, così pesantemente condizionato dalle politiche dei cinque membri permanenti, che è, appunto, in grado di sospenderne e impedire a discrezione le iniziative; è, poi, aperta al finanziamento volontario degli Stati e, quindi, non dà piene garanzie di imparzialità; è, infine, sprovvista di una forza propria di polizia giudiziaria per cui deve ricorrere di volta in volta alla volontaria collaborazione di singoli Stati⁽⁸⁴⁾. Visti questi evidenti limiti, difficilmente superabili nell'attuale contesto internazionale, affidarle anche la tutela dei diritti umani sarebbe come chiedere al Consiglio di Sicurezza di occuparsene direttamente. Ma siamo sicuri di voler mettere i diritti umani nelle mani di superpotenze come Stati Uniti, Russia e Cina?

Il ripiegamento del sistema dei diritti fondamentali sul piano logico ha però una conseguenza decisiva. Infatti la nozione di diritto fondamentale appare come una costruzione del tutto indipendente dal suo rapporto con lo Stato e dai vincoli che esso assuma sul piano internazionale, quasi a conferma della sua vicinanza con quella di diritto naturale, da cui lo stesso Ferrajoli vorrebbe smarcarsi. I diritti umani positivamente affermati a partire dal '48 attraverso molteplici trattati internazionali, quali i Patti del '66 e la Convenzione europea del '50, innanzitutto richiedono una partecipazione attiva dello Stato che si è obbligato a garantirli di fronte alla comunità internazionale, ma poi nel caso che questo stesso Stato non si sia dimostrato in grado di proteggerli, possono essere fatti valere di fronte a organi internazionali come i Comitati per i diritti dell'uomo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ecc. il che rappresenta un tratto strutturale dei diritti dell'uomo da cui bisogna per forza partire. Il costituzionalismo cui aprono i

⁽⁸⁴⁾ Cfr. D. ZOLO, *Luci e ombre della International Criminal Court*, su "Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale", 2002, www.juragentium.unifi.it.

diritti umani è dunque qualcosa di più e di essenzialmente diverso dal costituzionalismo cui porta la nozione logica di diritto fondamentale, quasi una struttura a cerchi concentrici di cui lo Stato (il cui paradigma non può dirsi né tramontato, né tanto meno accantonato con l'avvento dei diritti umani) è un anello necessario, sebbene non l'unico⁽⁸⁵⁾. A fronte di un completo rimodellamento del diritto positivo, il carattere dichiaratamente normativo da questo punto di vista non può che ripercuotersi tanto sulla scienza che sulla giurisprudenza falsandone obiettivi e finalità.

Se tali e tanti sono i contraccolpi della teoria dei diritti fondamentali sul diritto positivo, ci troviamo di fronte ad una forma di universalismo tanto impegnativa quanto politicamente pregnante, come dimostrano i continui salti di piano, dalla teoria del diritto alla sociologia, alla filosofia del diritto, alla filosofia politica, al diritto internazionale ecc., da essa innescati forse con eccessiva disinvoltura.

ABSTRACT

This text intends to analyse Luigi Ferrajoli's attempt to build, by way of logic and axioms, a theory of fundamental rights, starting from which denouncing the lack and the inconsistency of the positive law, when the protection of basic rights is concerned. According to this analysis, the logical implications proper to this theoretical perspective lead to a complete rewriting of the system of the human rights, as positively set forth in the international law, and to the abandonment of the initial assumptions.

Questo testo intende analizzare il tentativo di Luigi Ferrajoli di costruire per via logica e assiomatica una "teoria dei diritti fondamentali" a partire dalla quale denunciare le carenze e le contraddizioni del diritto positivo quando si tratta di protezione di diritti fondamentali. Alla luce di questa analisi, le implicazioni logiche messe in atto da questa prospettiva teorica portano ad una completa riscrittura del sistema dei diritti umani positivamente affermati a livello internazionale e all'abbandono degli assunti teorici di partenza.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 90.