

RICOSTRUZIONE DEL DIRITTO (1): IL SISTEMA DEI DIRITTI

Le riflessioni precedenti sono servite a inquadrare propedeuticamente la categoria del diritto (soprattutto quella del diritto moderno) nella prospettiva teorica dell'agire comunicativo. Una teoria sociale che si voglia «critica» non può limitarsi a descrivere il rapporto norma/realità nella prospettiva dell'osservatore. Nel capitolo 7 torneremo a parlare di questa tensione esterna tra le pretese normative degli ordinamenti d'uno Stato democratico di diritto, da un lato, e la fattualità del loro contesto sociale, dall'altro. Prima però, nei due capitoli che seguono, vorrei ricostruire razionalmente l'*autocomprensione* di questi moderni ordinamenti giuridici. Prendo le mosse dai diritti che i cittadini devono necessariamente riconoscersi l'uno l'altro se vogliono legittimamente regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Già questa formulazione mostra come l'intero sistema dei diritti sia attraversato dall'interna tensione di fattualità e validità caratterizzante l'ambivalente modalità della validità giuridica.

Come abbiamo visto nel primo capitolo, il concetto di diritto soggettivo gioca un ruolo centrale nella concezione moderna del diritto. Esso corrisponde al concetto di libertà d'azione individuale: i diritti individuali (in inglese: «rights») stabiliscono i limiti all'interno dei quali un soggetto trova libera e legittima conferma della sua volontà. Essi stabiliscono pari libertà d'azione per tutti gli individui o soggetti giuridici intesi come titolari di diritti. Nell'articolo 4 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) troviamo scritto: «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non danneggia un'altra persona. Pertanto l'esercizio dei diritti naturali di un uomo si estenderà fino ai limiti assicuranti anche agli altri membri della società il godimento di pari diritti. Questi limiti possono essere stabiliti solo dalla legge». A quest'articolo si collega la formulazione

kantiana del principio giuridico universale, secondo cui è legittima ogni azione a partire dalla quale (o a partire dalla cui massima) la libertà dell'arbitrio di ciascuno può coesistere, secondo una legge generale, con la libertà di ciascun altro. A ciò si attiene anche Rawls, nel formulare il primo principio di giustizia: «Ogni persona ha un eguale diritto al più esteso sistema totale di eguali libertà fondamentali, compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti»¹. Il concetto di legge non fa che esplicitare l'idea di pari trattamento già contenuta nel concetto di diritto: sotto la forma di leggi generali e astratte, tutti i soggetti godono diritti eguali.

Queste definizioni concettuali spiegano perché il diritto moderno sia particolarmente adatto all'integrazione delle società mercantili: nelle sfere d'azione eticamente neutralizzate tali società dipendono dalle decentrate decisioni d'individui guidati dall'interesse e orientati al successo. Ma il diritto non può limitarsi a soddisfare le esigenze funzionali d'una società complessa; esso deve anche soddisfare le precarie condizioni di un'integrazione sociale passante da ultimo attraverso le prestazioni d'intesa di soggetti agenti comunicativamente, vale a dire attraverso l'accettabilità di pretese di validità. Il diritto moderno sgrava gli individui dal peso delle pretese morali e trasferisce ogni pretesa normativa sulle leggi tutelanti libertà d'azione compatibili². Queste leggi traggono legittimità da una procedura legislativa poggiante, da parte sua, sul principio della sovranità popolare. La nascita paradossale della legittimità dalla legalità dev'essere spiegata ricorrendo ai diritti che assicurano ai cittadini l'esercizio dell'autonomia politica.

¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), tr. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1989, III ediz. riveduta, p. 215. Rispondendo a una critica avanzata da H. Hart - «Rawls on Liberty and its Priority», in N. Daniels, a cura di, *Reading Rawls*, Oxford 1975, pp. 230-252 - Rawls ha cambiato questa formulazione con un'altra, che non mi pare rappresenti un miglioramento: «Ogni persona ha un eguale diritto a uno schema pienamente adeguato di eguali libertà fondamentali che sia compatibile con un analogo schema di libertà per tutti»; J. Rawls, «The Basic Liberties and their Priorities», in St. McMurrin, a cura di, *The Tanner Lectures on Human Values* 1982, Salt Lake City 1983, p. 5.

² E.W. Böckenförde, «Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung», in Idem, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt-Main 1991, pp. 58-66.

Questa nascita è «paradossale» nel senso che, per un verso, anche questi diritti politici dei cittadini mostrano, come diritti individuali, la stessa struttura di tutti i diritti che concedono all'individuo sfere di libertà d'arbitrio*. A prescindere dalle loro diverse modalità d'impiego, anche i diritti politici devono essere interpretabili come libertà individuali che obbligano soltanto al comportamento legale, lasciando *alla libera scelta* del soggetto i motivi per cui egli accetta di osservare le regole. Per un altro verso, tuttavia, la procedura della legislazione democratica non può non confrontare i partecipanti con attese normative orientanti al bene comune, in quanto essa può trarre forza di legittimazione soltanto dal processo con cui i cittadini *raggiungono un'intesa* circa le regole della loro convivenza. Anche nelle società moderne, il diritto può soddisfare la funzione di stabilizzare le aspettative solo a patto di salvaguardare un interno legame con la forza sociointegrativa dell'agire comunicativo.

Io vorrei affrontare questo nesso problematico esistente tra le libertà individuali dei privati e l'autonomia pubblica dei cittadini servendomi di un concetto discorsivo del diritto. Si tratta d'un problema refrattario, che vorrei cominciare a trattare sullo sfondo di due diversi contesti. Quanto poco, finora, si sia riusciti ad armonizzare in maniera convincente sul piano concettuale autonomia privata e autonomia pubblica si può evincere sia dall'ambiguo rapporto tra diritti individuali e diritto pubblico, nell'ambito della dottrina giuridica, sia dalla mai appianata concorrenza tra diritti umani e sovranità popolare, nell'ambito della tradizione giusrazionalistica (sezione 3.1). In entrambi i casi le difficoltà sono riconducibili non soltanto alle premesse della filosofia della coscienza, ma anche a una componente metafisica ereditata dal diritto naturale, ossia alla subordinazione del diritto positivo sotto un superiore diritto naturale o morale. Di fatto, però, dal patrimonio sostanziale di un'eticità disgregantesi vengono cooriginariamente a differenziarsi sia diritto positivo sia morale post-convenzionale. L'analisi kantiana della forma giuridica ci fornirà lo spunto per riprendere la discussione sul rapporto diritto/morale, consentendoci di mostrare come il principio democratico - contrariamente a quanto Kant fa nella

* Habermas contrappone kantianamente la *Willkürfreiheit*, libertà d'arbitrio degli attori strategici, alla *Autonomie* o *Willensfreiheit*, che è l'autonomia della volontà razionale degli attori comunicativi [n.d.r.].

sua dottrina giuridica – non vada mai subordinato al principio morale (sez. 3.2). Solo sulla base di queste premesse potrà fondare il sistema dei diritti servendomi del principio di discorso, sì da chiarire perché autonomia privata e autonomia pubblica, diritti umani e sovranità popolare, debbano necessariamente presupporsi a vicenda (sez. 3.3).

3.1. *Autonomia privata e pubblica, diritti umani e sovranità popolare*

3.1.1. Nella dogmatica tedesca di diritto civile, determinante per la nostra concezione giuridica complessiva, la dottrina del diritto soggettivo era stata all'inizio condizionata dalla filosofia idealistica del diritto. Secondo Savigny, un rapporto giuridico assicura «il potere che compete alla singola persona: l'ambito in cui la sua volontà domina – e domina con il nostro consenso»³. Qui viene ancora sottolineato il nesso che ricollega le libertà individuali al riconoscimento intersoggettivo dei consociati. Col procedere dell'analisi, però, il diritto privato viene poco alla volta a godere d'un valore intrinseco, indipendente dall'autorizzazione fornitagli dalla legislazione democratica. Infatti il «diritto in senso soggettivo» è già di per sé legittimo in quanto, muovendo dall'intangibilità della persona, garantisce al libero esercizio della volontà individuale un «ambito di potere indipendente»⁴. Anche per Georg Friedrich Puchta il diritto è sostanzialmente diritto soggettivo: «Il diritto è il riconoscimento di una libertà che in egual misura compete agli uomini, in quanto soggetti d'un potere-volontà»⁵. Qui i diritti soggettivi sono diritti negativi, che proteggono margini d'azione individuali col fondare pretese azionabili contro interventi illeciti in fatto di libertà, vita e proprietà. In questa sfera, coperta da tutela giurisdizionale, l'autonomia privata viene assicurata soprattutto tramite il diritto di stipulare contratti e il diritto di acquisire (nonché vendere o ereditare) la proprietà.

Alla fine dell'Ottocento, però, diventò sempre più evidente che il diritto privato aveva potuto autolegittimarsi soltanto fin-

³ F.C.v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin 1840, § 4.

⁴ F.C.v. Savigny, *Op. cit.*, § 53.

⁵ G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig 1865, § 4.

ché l'autonomia privata del soggetto giuridico aveva potuto considerarsi fondata sull'autonomia morale della persona. Nel momento in cui il diritto perdeva la sua fondazione idealistica (in particolare, la copertura offertagli dalla teoria morale kantiana), il guscio di un individuale «potere di dominio» si trovava spogliato del nucleo normativo d'una volontà libera [*Willensfreiheit*], intesa a priori come legittima e degna di protezione. Solo in Kant il legame – stretto dal principio giuridico – tra libertà d'arbitrio e autonoma volontà personale era riuscito a esprimere forza di legittimazione. Una volta lacerato questo legame il diritto poteva soltanto più affermarsi, secondo questa concezione positivista, come forma che dotava di forza fattualmente obbligatorie certe decisioni e competenze. A partire da Bernhard Windscheid, i diritti soggettivi valgono come meri riflessi d'un ordinamento giuridico che trasferisce sugli individui il potere-volontà oggettivamente incarnato dalla legge: «Diritto è un potere-volontà, o un dominio-volontà, messo a disposizione dall'ordinamento giuridico»⁶.

Più tardi s'inserirà in questa definizione l'interpretazione utilitaristica di Rudolf von Ihering, secondo cui l'utilità, e non la volontà, costituisce la sostanza del diritto⁷. «Sul piano concettuale, il diritto soggettivo è un potere di legge che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'individuo; rispetto al fine, esso è un mezzo per la soddisfazione degli interessi umani»⁸. Questo riferimento a godimento e interesse consentì di allargare i diritti soggettivi privati al di là delle libertà puramente negative. Da un diritto soggettivo può ora derivare non soltanto il diritto di Tizio circa qualcosa che dev'essere protetta dalle intromissioni di Caio, ma anche un diritto (lasciamo stare se assoluto o relativo) alla ripartizione sociale [*Teilhabe*] di organizzate prestazioni statali. Infine Hans Kelsen definisce in gene-

⁶ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt-Main 1906, vol. II, § 37. Qui si accenna anche con approvazione alla definizione di Ferdinand Regelsberger: «C'è diritto soggettivo quando l'ordinamento giuridico concede all'interessato di realizzare un fine riconosciuto, ossia di soddisfare un interesse riconosciuto, trasmettendogli per questo un certo potere legale».

⁷ R.v. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig 1888, parte III, p. 338.

⁸ L. Enneccerus, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, XV edizione, Tübingen 1959, § 72.

rale il diritto soggettivo come un interesse tutelato dal diritto oggettivo, ovvero come una libertà d'arbitrio oggettivamente concessa dal diritto oggettivo (il «poter volere» teorizzato da Windscheid). Nello stesso tempo Kelsen toglie al diritto oggettivo le connotazioni della «teoria del comando» di John Austin, resa influente in Germania nella versione datale da August Thon. Secondo Kelsen, la «potestas» giuridica soggettiva non è solo autorizzata dalla volontà di chi detiene il comando, ma anche dotata di validità normativa: le disposizioni giuridiche statuiscano infatti libertà d'azione doverose. Questo «dover essere» illocutivo viene però inteso non sul piano deontologico, bensì empiristico: si tratta di quella validità che il legislatore politico trasmette alle proprie decisioni per il fatto di agganciare il diritto statuito a norme penali. Il potere statale di sanzione qualifica come «volontà dello Stato» la volontà del legislatore.

Rispetto a Savigny, la concezione di Kelsen caratterizza l'altro estremo della dogmatica di diritto privato. In Kelsen il contenuto morale dei diritti individuali perde definitivamente il suo referente, ossia la libera volontà (o il potere-dominio) di una persona che dal punto di vista morale *merita* di essere protetta nella sua autonomia privata. Kelsen distacca il concetto giuridico di persona non solo dalla persona morale, ma addirittura dalla persona naturale, dal momento che — autonomizzandosi del tutto — un sistema giuridico deve poter funzionare con le sole finzioni concettuali da esso prodotte. Dopo un'ulteriore svolta naturalistica, Luhmann potrà dire che il sistema giuridico «espelle» le persone naturali nel proprio ambiente. È lo stesso ordinamento giuridico a creare, con i diritti soggettivi, la posizione logica che il soggetto giuridico occupa quale titolare di essi. «Se lasciamo che il soggetto giuridico (...) continui a fungere da punto di riferimento, lo facciamo solo per impedire che un giudizio del tipo: 'quel soggetto o quella persona *ha* certi diritti soggettivi' si trasformi nella vuota tautologia: 'ci sono diritti soggettivi' (...). Infatti, autorizzare od obbligare una persona significherebbe soltanto autorizzare diritti, obbligare obblighi, insomma normare norme»⁹. Con questo sganciamento del soggetto morale e naturale dal sistema giuridico, si renderà d'ora in avanti possibile alla dottrina giuridica concepire i diritti soggettivi in maniera puramente funzionalistica.

⁹ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1968, p. 64.

Come in una corsa a staffetta, la dottrina dei diritti soggettivi passa il testimone a un funzionalismo sistemico che, attraverso mere decisioni metodologiche, si esonera da ogni considerazione normativa¹⁰.

La trasformazione dell'ordinamento di diritto privato sotto il nazionalsocialismo¹¹ suscitò nella Germania del secondo dopoguerra reazioni moralmente più che giustificate contro la «destronizzazione» che del diritto soggettivo (tramite svuotamento dei suoi contenuti morali) aveva compiuto il diritto oggettivo. Senonché la semplice restaurazione giusnaturalistica del nesso di autonomia privata e autonomia morale non poteva reggere a lungo. L'ordo-liberalismo* si limitava infatti a ripristinare una concezione riduttivamente individualistica dei diritti soggettivi: proprio la concezione che, per forza di cose, non poteva non evocare l'interpretazione funzionalistica del diritto privato quale quadro delle relazioni capitalistiche. «Il concetto di diritto soggettivo tiene in piedi l'idea che diritto privato e tutela giurisdizionale servano dopo tutto a proteggere la libertà del singolo individuo, dunque l'idea che la libertà individuale sia l'idea cardinale che dà senso al diritto privato. Infatti, nel concetto di diritto soggettivo si esprime il fatto che il diritto privato è diritto di consociati giuridici reciprocamente indipendenti e agenti sulla base di decisioni individuali»¹².

Per non scivolare in una reinterpretazione funzionalistica dell'approccio individualistico, Ludwig Raiser ha pensato di correggere questa concezione in termini di diritto sociale, restituendo per questa via al diritto privato il suo contenuto morale. La materializzazione (ad opera dello Stato sociale) di sfere centrali del diritto privato borghese induce Raiser — senza bisogno di tornare sulle vecchie posizioni di un Savigny — a *restringere* alle libertà classiche un concetto di diritto soggettivo mantenuto invariato. Questi diritti fondamentali servono, proprio come

¹⁰ J. Schmidt, *Zur Funktion der subjektiven Rechte*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» LVII, 1971, pp. 383-396.

¹¹ B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt-Main 1973.

* La dottrina per cui il mercato produrrebbe ordinamenti spontanei [n.d.r.].

¹² H. Coing, «Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'», in Coing e Altri, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt-Main 1959, pp. 7-23, qui pp. 22-23.

prima, ad assicurare «l'autoaffermarsi del soggetto nella società e la sua responsabilità personale». Ora però devono essere integrati dai diritti sociali: «Oltre al riconoscimento di queste posizioni giuridiche private, sul piano etico e politico diventa anche importante inserire legalmente l'individuo in contesti d'azione che come strutture d'ordine lo ricomprendano e lo ricolleghino agli altri. Questo significa formare e tutelare istituti giuridici in cui il singolo individuo assuma la posizione di *membro associato*»¹³. I diritti «primari» appaiono troppo deboli per poter garantire la tutela giurisdizionale anche là dove la persona si trovi «inserita in più ampi e sopraindividuali ordinamenti»¹⁴. In realtà, questo tentativo di salvataggio operato da Raiser non si colloca a un livello di astrazione sufficiente. È certo vero che, sostituendo il paradigma del diritto formale borghese con quello del diritto materializzato, il diritto privato subisce una reinterpretazione¹⁵. Ma questa non va scambiata per una revisione degli stessi concetti di fondo o degli stessi principi che, col mutare dei paradigmi, devono in realtà restare sempre gli stessi e devono semplicemente essere *interpretati* diversamente.

Raiser ribadisce quel senso intersoggettivo dei diritti soggettivi reso irriconoscibile dalle loro letture individualistiche. Dopo tutto, i diritti soggettivi poggiano sul riconoscimento reciproco di soggetti giuridici che collaborano tra loro. Anzi, di per sé i diritti soggettivi non implicano quell'isolamento reciproco dei soggetti cui Raiser vorrebbe porre riparo. I *cittadini* che si riconoscono a vicenda i diritti eguali sono sempre le stesse persone che si fronteggiano come avversari quando da *privati* ne fanno un uso strategico (anche se i due ruoli non sono identici). «Un diritto, dopo tutto, non è né un revolver né uno 'show' individuale. È un rapporto e una pratica sociale, e sotto entrambi questi aspetti esprime una connessione intersoggettiva. I diritti sono disposizioni pubbliche che implicano, verso gli altri, sia obbligazioni sia autorizzazioni. Si presentano come una forma di cooperazione sociale: cooperazione certo non spontanea ma altamente organizzata, e tuttavia, in ultima analisi, cooperazione

¹³ L. Raiser, «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht» (1961), in Idem, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt-Main 1977, p. 98 sgg., qui p. 115.

¹⁴ L. Raiser, *Op. cit.*, p. 113.

¹⁵ Cfr. sotto, sezione 9.1.2 del testo.

autentica»¹⁶. *Sul piano concettuale* i diritti non devono essere pensati come riferiti a individui atomisticamente alienati, egoisticamente irrigiditi l'uno contro l'altro. Come elementi dell'ordinamento giuridico, essi presuppongono piuttosto la collaborazione di soggetti che si riconoscano a vicenda – nei loro diritti e doveri – come liberi ed eguali consociati. Questo riconoscimento reciproco è costitutivo per un ordinamento da cui discendono diritti individuali azionabili. In questo senso i diritti «soggettivi» sono cooriginari al diritto «oggettivo». Certo anche una concezione statalistica del diritto oggettivo sarebbe in realtà fuorviante, giacché il diritto oggettivo non può che discendere da diritti che i soggetti si riconoscano mutuamente. Né la semplice aggiunta a posteriori dei diritti sociali basta a spiegare l'intersoggettiva struttura dei rapporti di riconoscimento su cui l'ordinamento giuridico è fondato. Nella dogmatica tedesca di diritto civile, proprio il misconoscimento di questa struttura ha egualmente compromesso sia l'idealismo degli esordi sia il positivismo degli esiti.

Abbiamo visto come la dottrina del diritto privato (come dottrina del diritto soggettivo) fosse partita dall'autonomizzazione normativa di diritti individuali morali, rivendicanti una legittimità d'ordine superiore rispetto al processo politico legislativo. Con il loro garantismo liberale, i diritti soggettivi dovevano godere di un'autorità morale indipendente dalla statuizione democratica, un'autorità che all'interno della teoria giuridica non aveva nessun bisogno d'essere fondata. La reazione a ciò finì al contrario per subordinare astrattamente i diritti soggettivi al diritto oggettivo, mentre la legittimità di quest'ultimo si esauriva nella legalità d'un dominio politico inteso come positivismo della legge. L'andamento del dibattito non faceva emergere il vero problema sotteso alla centralità dei diritti soggettivi privati. Non si riusciva assolutamente a spiegare, in altri termini, donde il diritto positivo traesse la propria legittimità. Certamente la fonte della legittimità sta nel processo democratico della statuizione, e questo processo si appella al principio della sovranità popolare. Senonché il positivismo giuridico introduce-

¹⁶ F. Michelman, *Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World*, in J.R. Pennock – J.W. Chapman, a cura di, *Justification*, «Nomos» vol. XVIII, New York 1986, pp. 71-99, qui p. 91.

va questo principio senza badare a salvaguardare l'autonomo contenuto morale dei diritti soggettivi (la tutela della libertà individuale sottolineata da Helmut Coing). Seppure per motivi opposti, non si riusciva mai a cogliere il senso intersoggettivo implicito allo stabilimento giuridico delle libertà d'azione soggettive. In altre parole, andava perso di vista quel rapporto tra autonomia privata e autonomia civica in cui entrambi i momenti devono farsi integralmente valere.

3.1.2. Confidando ancora in un concetto idealistico di libertà, Savigny dava per scontato il fatto che il diritto privato – come sistema di diritti negativi e procedurali tutelanti la libertà – si legittimasse da sé, ossia per intrinseci motivi di ragione. Ma Kant non era stato molto chiaro sulla questione donde traessero legittimità quelle leggi generali che dovevano poter fondare un sistema d'egoismo bene ordinato. In ultima analisi, persino nella sua *Rechtslehre*, il rapporto tra principio morale, principio giuridico e principio democratico (ammesso che si possa chiamar così ciò che in Kant definisce il governo repubblicano) risulta tutt'altro che univoco. Ciascuno a suo modo, i tre principi esprimono una stessa *idea di autolegislazione*. Con questo concetto d'autonomia Kant vuole rispondere al fallimento di Hobbes, il quale aveva cercato di giustificare l'istituzione d'un sistema di diritti borghesi facendo appello non a ragioni morali, bensì soltanto all'illuminato egoismo dei suoi partecipanti.

Guardando indietro a Hobbes da una prospettiva kantiana, sembra naturale vedere in lui non tanto l'apologeta dell'assolutismo illimitato, quanto piuttosto il teorico di un Stato borghese di diritto privo di democrazia. Per Hobbes, infatti, il sovrano può sancire i suoi comandi solo nel linguaggio del diritto moderno. All'interno, egli garantisce un ordine che assicura ai privati libertà individuali partendo da leggi generali: «I governanti non possono contribuire meglio alla felicità dei sudditi che dando loro la possibilità di fruire dei prodotti del loro lavoro, sicuri dalla guerra e dalle lotte civili»¹⁷.

¹⁷ T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)*, cap. 13, § 6, tr. it. a cura di N. Bobbio, Tea edit., Milano 1994, pp. 249-250; cfr. J. Habermas, «Dottrina politica classica e filosofia sociale moderna» (1961), in Idem, *Prassi politica e teoria critica della società*, tr. it. di A. Gajano, prefaz. di G.E. Rusconi, Il Mulino, Bologna 1973, pp. 77-125.

Per Hobbes – che non ha difficoltà a corredare di diritti privati lo statuto di sudditanza dei cittadini – il problema della legittimazione non può naturalmente essere affrontato *all'interno* d'un ordinamento giuridico già stabilito, vale a dire attraverso diritti di cittadinanza politica e procedimenti di legislazione democratica. Quel problema dev'essere risolto con un colpo solo – anzi: fatto sparire – nello stesso istante in cui si costituisce il potere statale. Hobbes vuol dimostrare come la società assolutistica, quale ordinamento strumentale, si giustifichi globalmente a partire dalle considerazioni razionali rispetto-allo-scopo della totalità degli interessati. Così non ci sarebbe più bisogno di dare una fondazione normativa all'*esercizio* giuridicamente conforme del potere politico. Se il potere giuridicamente costituito fosse rappresentabile come il mantenimento d'un sistema d'ordinato egoismo richiesto dagli interessati, allora la tensione di fattualità e validità interna al diritto si risolverebbe automaticamente. In tal caso, ciò che sembra moralmente doveroso e legittimo sarebbe soltanto il risultato spontaneo delle azioni interessate di egoisti razionali, ovvero (per dirla con Kant) di un «popolo di diavoli». Fondare utilitaristicamente l'ordinamento borghese di diritto privato – sicché «il bene del maggior numero» sia soddisfatto «per il maggior tempo possibile»¹⁸ – significherebbe attribuire giustizia materiale alla sovranità d'un regnante che già «ex definitione» non può far nulla d'illegale.

In realtà, per raggiungere questo fine, Hobbes non deve soltanto indicare perché a posteriori – cioè dal punto di vista dei suoi lettori, già inseriti nello stato civile – questo ordinamento soddisfi in egual misura gli interessi di tutti i partecipanti. Egli deve anche spiegare perché già nello stato di natura questo sistema appaia allo stesso modo *preferibile* a ciascuno dei soggetti isolati e agenti in maniera razionale rispetto-allo-scopo. Ora, siccome Hobbes ascrive alle parti esistenti nello stato di natura lo stesso atteggiamento orientato al successo che il diritto privato ascrive ai suoi destinatari, gli sembra anche naturale costruire l'atto della socializzazione originaria servendosi di quello strumento di diritto privato che è il contratto. Dunque le parti stipulano concordemente un contratto sul potere [*Herrschaftsvertrag*] a vantaggio d'un sovrano che viene da loro insediato. Senonché, così facendo, Hobbes non tiene conto d'un fatto. I sog-

¹⁸ T. Hobbes, *Op. cit.*, cap. 13, § 3, p. 248.

getti, volta a volta determinati dalle loro particolari preferenze, prendono le loro decisioni in una prospettiva di prima persona singolare. Ma questa non è la prospettiva in cui nello stato di natura le parti si sono ragionevolmente persuase a scambiare le loro libertà naturali, mutuamente confliggenti ma illimitate, con libertà civili rese circoscritte e mutuamente compatibili da leggi generali. Solo sulla base di due condizioni ben definite possiamo immaginare che i soggetti dello stato di natura si lascino indurre a passare – in maniera razionalmente motivata – dal loro conflitto incessante a una cooperazione che, poggiando sulla coercizione, equivale a una parziale e condivisa rinuncia alla libertà.

In primo luogo essi dovrebbero poter capire cosa significhi il fatto che una certa relazione sociale poggia sul principio della reciprocità. Prima di essere socializzati, infatti, i soggetti di diritto privato sono solo virtualmente presenti nello stato di natura; essi non hanno ancora imparato ad «assumere la prospettiva dell'altro» e a considerare se stessi dalla prospettiva di una seconda persona. Solo dopo averlo appreso essi potrebbero vedere la loro libertà personale non più (in maniera irriflessa) come una libertà naturale, cozzante contro ogni sorta d'impedimento fattuale, ma piuttosto come una libertà costituitasi sulla base del riconoscimento reciproco. Per capire cos'è un contratto e come lo si deve usare, i soggetti dovrebbero già disporre del quadro di riferimento socio-cognitivo rappresentato dallo «scambio di prospettiva» tra controparti. Questa concettualità è però acquisibile solo presupponendo quella situazione di «patto sociale» che le teorie contrattualiste vorrebbero invece dedurre. In secondo luogo, i partiti stipulanti il contratto dovrebbero potersi distanziare dalle loro libertà naturali anche in un'altra maniera. Essi dovrebbero poter assumere quella prospettiva sociale della prima persona plurale, che Hobbes e i suoi lettori hanno tacitamente assunto fin dall'inizio, ma che invece continua ad essere preclusa ai soggetti dello stato di natura. I postulati di Hobbes vietano di assumere ai soggetti naturali quella prospettiva che sarebbe tuttavia loro indispensabile per poter giudicare se la reciprocità della coercizione – limitando l'arbitrio individuale secondo leggi generali – risponda effettivamente all'eguale interesse di tutti e possa dunque essere voluta dagli interessati. Qui entrano in gioco delle ragioni morali di cui solo fuggevolmente Hobbes sembra accorgersi, per es. nei passi in cui fa ricorso alla «regola

aurea» come a una sorta di legge naturale: «quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris»¹⁹. Senonché impregnare così di moralità lo stato di natura fa a pugni con i presupposti naturalistici della strategia hobbesiana, la quale dovrebbe piuttosto dimostrare come basti l'illuminato autointeresse degli individui a fondare un sistema d'egoismo bene ordinato²⁰.

Vedere fino a che punto un «sistema dei diritti» sia empiricamente spiegabile a partire dall'intreccio d'interessi e calcoli d'utilità, nonché dall'incontro stocastico di attori razionali, è questione che da sempre attira l'attenzione e l'intelligenza di filosofi e scienziati sociali. Senonché neppure i moderni strumenti della «game theory» hanno saputo dare risposte soddisfacenti al riguardo. Non fosse che per questo motivo, la risposta di Kant al fallimento di questo tentativo merita d'essere ancora studiata con attenzione.

Kant capì che i diritti non potevano di nuovo essere fondati ricorrendo a un modello desumibile dal diritto privato. A Hobbes egli rimprovera in maniera convincente d'aver trascurato la differenza strutturale esistente tra il «patto sociale» come modello legittimante e qualunque altro «patto privato» come rapporto di scambio. Effettivamente, dalle parti stipulanti il patto sociale nello stato di natura ci si deve aspettare un atteggiamento diverso da quello meramente egocentrico. «Il patto di fondazione di una costituzione civile (...) è di natura così speciale che (...) si distingue essenzialmente da ogni altro patto»²¹.

¹⁹ T. Hobbes, *Leviatano*, cap. 14, tr. it. di A. Lupoli e Altri, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1992, II ediz., p. 106, cfr. p. 128 e p. 224.

²⁰ «Mutatis mutandis» anche Otfried Höffe segue il teorema di Hobbes. La giustizia consiste per lui in quelle (distributivamente) generali limitazioni della libertà che risultano egualmente vantaggiose per tutte le parti. «Grazie a questo vantaggio che tocca ad ogni individuo, l'applicazione della giustizia naturale non necessita di alcun sentimento morale, di nessuna giustizia personale: come principio motivante, essa può accontentarsi dell'interesse personale» (O. Höffe, *Giustizia politica* (1987), tr. it. di P. Kobau, il Mulino, Bologna 1995, p. 359). Un approccio ancor più chiaramente sviluppato in O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt-Main 1990; Idem, *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden 1991. Cfr. per una critica K. Günther, *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?*, «Rechtshistorisches Journal», Hef 10, Frankfurt-Main 1991, pp. 233-267.

²¹ I. Kant, *Sul detto comune etc.*, in Idem, *Stato di diritto e società civile*, tr. it. di N. Merker, Editori Riuniti, Roma 1995, p. 153.

Mentre di solito le parti stipulano patti per conseguire «un qualche scopo comune (che tutti hanno di fatto)», il patto sociale è unione «fine a se stessa (fine che ognuno deve avere)». Infatti esso fonda «il diritto degli uomini di vivere sotto pubbliche leggi coattive, mediante le quali ognuno possa aver riconosciuto e garantito il suo contro ogni attentato da parte degli altri»²². In Kant le parti non si accordano per nominare un sovrano cui affidare la competenza legislativa; il patto sociale è l'unico contratto che sia privo di contenuti specifici, presentandosi piuttosto come il modello ideale d'una socializzazione regolata dal principio giuridico. In maniera performativa esso stabilisce a quali condizioni i diritti acquistino validità legittima. Infatti «il diritto è la limitazione della libertà di ciascuno alla condizione che essa si accordi con la libertà di ogni altro, nella misura in cui ciò è possibile secondo una legge universale»²³.

Visto in questa prospettiva, il contratto sociale serve a *istituzionalizzare* l'unico diritto «innato» a pari libertà individuali. Questo originario diritto dell'uomo si fonda per Kant sulla volontà autonoma dei singoli individui, i quali come persone morali dispongono a priori della prospettiva sociale d'una ragion pratica verificante le leggi. In questa prospettiva essi possono fondare in termini di moralità, e non solo di prudenza, la loro uscita dallo stato delle libertà non protette. Nello stesso tempo, Kant vede chiaramente che quell'unico «diritto dell'uomo» deve alla fine differenziarsi in un «sistema di diritti» attraverso cui assumano figura positiva sia «la libertà di ogni membro della società in quanto uomo» sia anche «l'eguaglianza del medesimo con chiunque altro in quanto suddito». Ciò accade nella forma di «leggi pubbliche» che possono pretendere legittimità solo come atti della volontà pubblica di cittadini autonomi e associati. «Ciò non è possibile ad altra volontà che non sia quella del popolo intero (in cui tutti deliberano su tutti e quindi ognuno sopra se stesso), poiché solo a se stessi non è possibile far torto»²⁴. La questione della legittimità di tutte le leggi liberal-garantiste deve trovar risposta *all'interno* del diritto positivo. Perciò il patto sociale insedia al potere il principio giuridico, vincendo la formazione politica della volontà legislativa alle condi-

zioni d'un *procedimento democratico*. In tal modo i risultati conseguiti per via di procedura esprimeranno automaticamente la volontà concorde o il ragionevole consenso di tutti gli interessati. Il diritto moralmente fondato degli uomini a eguali libertà soggettive viene così a intrecciarsi al principio della sovranità popolare.

I diritti umani fondati nell'autonomia morale dei singoli acquistano forma positiva solo attraverso l'autonomia politica dei cittadini. Il principio giuridico sembra fungere da mediatore tra principio morale e principio democratico. Ma non è molto chiaro come questi due ultimi principi si rapportino tra loro. Il concetto di autonomia che regge l'intera costruzione viene certamente introdotto da Kant nella prospettiva pre-politica del singolo soggetto morale. Quando però Kant sviluppa quest'autonomia nella formula dell'imperativo categorico come legge universale, egli prende a prestito il modello della «legislazione» pubblica e democratica di Rousseau. Principio morale e principio democratico s'illuminano concettualmente a vicenda; ma nell'impianto architettonico della *Rechtslehre* questo viene tenuto nascosto. Se ciò è vero, allora il principio giuridico non sarà il termine medio tra principio morale e principio democratico, ma soltanto il rovescio dello stesso principio democratico*. Secondo me, il rapporto confuso che lega tra loro questi tre principi si spiega col fatto che sia in Kant sia in Rousseau esiste un inconfessato *rapporto di concorrenza* tra i *diritti dell'uomo* moralmente fondati, da un lato, e il principio della *sovranità popolare*, dall'altro.

Che cosa possiamo imparare da questa storia delle idee politiche, volendo noi offrire una trattazione sistematica dell'autonomia privata e dell'autonomia pubblica? Per rispondere su questo punto conviene far illustrare da un «excursus» l'impatto complessivo della teoria politica moderna.

3.1.3. *Excursus*. L'autocomprensione normativa degli stati democratici di diritto risulta ancor oggi contrassegnata dalle

²² I. Kant, *ibidem*.

²³ I. Kant, *Op. cit.*, pp. 153-154.

²⁴ I. Kant, *Op. cit.*, p. 158.

* Nella versione americana troviamo qui aggiunta la frase seguente: «Siccome il principio democratico non può essere implementato altrimenti che in forma giuridica, principio democratico e principio giuridico devono essere realizzati 'uno actu', J. Habermas, *Between Facts and Norms*, tr. inglese di W. Rehg, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1996, p. 94 [n.d.t.]».

due idee dei «diritti umani» e della «sovranità popolare». Sbaglieremmo a considerare questo idealismo, strutturalmente ancorato nelle nostre costituzioni, come un capitolo superato nella storia delle idee politiche. Questa storia della teoria politica è invece sia parte costitutiva sia riflesso della tensione fattualità/validità che anima il diritto dall'interno. Questa tensione – tra la positività del diritto e la legittimità di cui esso ha bisogno – non si lascia né ignorare né bagatellizzare, anche perché la razionalizzazione del mondo di vita ci consente sempre meno di ricorrere alla tradizione e all'eticità dei costumi per coprire il fabbisogno di legittimazione d'un diritto statuito, ossia fondato sulle mutevoli decisioni del legislatore politico. Vorrei ora brevemente richiamare alla memoria questo potenziale di razionalità che, sviluppatosi nei processi culturali e socializzatori, ha finito per investire lo stesso diritto a partire dalle grandi codificazioni settecentesche.

Fin dentro l'Ottocento avanzato le classiche dottrine del diritto naturale – prima quello aristotelico, poi quello cristianizzato da Tommaso d'Aquino – riflettevano ancora un ethos sociale complessivo che attraversava tutti gli strati sociali della popolazione, collegandone tra loro i diversi ordini. Nella dimensione verticale delle componenti del mondo di vita, questo ethos aveva garantito che istituzioni e modelli culturali di valore s'intersecassero abbastanza profondamente agli orientamenti d'azione e ai motivi fissati nelle strutture della personalità. Sul piano orizzontale degli ordinamenti legittimi, esso aveva fatto corrispondere tra loro le strutture normative di eticità, politica e diritto. Nel corso di sviluppi che io interpreto in termini di razionalizzazione del mondo vitale, tutto questo sistema di relazioni viene fatto saltare. I primi ad essere investiti dall'ondata di riflessione sono le tradizioni culturali e i processi di socializzazione: essi cominciano progressivamente ad essere tematizzati dagli attori stessi. Nella stessa misura le pratiche e i modelli interpretativi dell'eticità tradizionale scadono a mera convenzione, e si differenziano poco alla volta da decisioni pratiche finalmente filtrate dalla riflessione e dal giudizio autonomo. Si giunge così nell'uso della ragion pratica a quella specializzazione su cui m'interessa ora richiamare l'attenzione. L'idea di *autorealizzazione* e quella di *autodeterminazione* non rappresentano soltanto temi nuovi e diversi della modernità, ma anche due diversi tipi di discorso riferiti alla logica interna (rispettivamente) dei problemi

etici e dei problemi *morali*. La logica specifica di queste due sfere diventa anche visibile in alcune correnti filosofiche che nascono alla fine del Settecento.

Ciò che a partire da Aristotele s'era chiamato «etica» viene ora a colorarsi in senso nuovo e soggettivistico. Il che vale sia per le storie di vita individuali sia per le forme di vita e tradizioni intersoggettivamente condivise. In connessione, ma anche in risposta, a una sempre più diffusa letteratura autobiografica di confessioni e di autoanalisi, vediamo prendere forma – da Rousseau fino a Sartre, passando attraverso Kierkegaard – un genere di riflessione destinato a modificare profondamente l'atteggiamento dell'individuo nei confronti della propria vita. Per dirla in breve, al posto delle direttive esemplari per una vita virtuosa, al posto di una condotta di vita realizzata a imitazione di modelli raccomandati, si fa strada l'esigenza astratta di un'appropriazione consapevole e autocritica, vale a dire l'esigenza di assumere responsabilmente la propria personale storia di vita in tutta la sua insostituibilità e contingenza. L'interiorità radicalizzata viene ad accollarsi il compito di un autochiarimento che vede intrecciarsi insieme autoconoscenza e decisione esistenziale. Heidegger formulò come «progetto gettato» il nodo di questo selettivo sondaggio di possibilità che sono già date sul piano di fatto e nello stesso tempo costitutive dell'identità²⁵. Irrompendo nello sviluppo biografico dell'esistenza, la riflessione genera una relazione nuova – carica di tensione – tra coscienza della contingenza, autoriflessione e responsabilità per la propria vita. Nella misura in cui questa costellazione investe strati sempre più ampi di persone influenzando i modelli correnti della socializzazione, i discorsi di tipo *etico-esistenziale* oppure *clinico* diventano non soltanto possibili ma anche, in certo senso, ineludibili. Nel caso infatti in cui non vengano risolti con volontà e coscienza, i conflitti generati da questa costellazione non mancano di farsi sentire come sintomi fastidiosi.

Oltre alla condotta di vita personale, anche la tradizione culturale si conforma sempre di più ai discorsi di autochiarimento. In connessione ma anche in risposta alle scienze storiche dello spirito, le modalità con cui dobbiamo riappropriarci delle tradi-

²⁵ È ciò che ricostruisce E. Tugendhat con gli strumenti dell'analisi linguistica: Idem, *Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt-Main 1979.

zioni intersoggettivamente condivise diventano sempre più problematiche partendo da Schleiermacher, Droysen e Dilthey per arrivare fino a Gadamer. Sostituendosi alle autointerpretazioni religiose o metafisiche, ora è la storia a servire da medium all'autoaccertamento di popoli e culture. L'ermeneutica filosofica non deriva solo dalle questioni metodologiche delle varie discipline storiografiche. Essa risponde anche all'insicurezza generale causata dallo storicismo e reagisce così alla cesura riflessiva aperta in quell'assimilazione del passato che dobbiamo sempre pubblicamente compiere nella prima persona plurale²⁶. La prima forma d'identità post-tradizionale la vediamo nascere nel corso dell'Ottocento, nel segno dell'alleanza che lo storicismo stringe con il nazionalismo. Quest'identità si nutre ancora d'un dogmatismo nazionalistico che nel frattempo è andato estinguendosi. Oggi, è lo stesso pluralismo interpretativo con cui affrontiamo tradizioni di per sé ambivalenti a offrire nuovi spunti alle discussioni di autochiarimento. Queste discussioni mostrano come tocchi agli stessi partiti in disaccordo il decidere consapevolmente – inserendosi in una determinata linea di continuità storica – quali tradizioni proseguire e quali interrompere. E siccome le identità collettive possono ormai costituirsi soltanto così – cioè nella forma di una fragile, dinamica e «sfibrata» coscienza pubblica – ecco farsi non solo possibili ma addirittura inevitabili *discorsi etico-politici* sempre più coinvolgenti.

Investendo biografie e culture, la riflessione promuove individualismo nei progetti esistenziali delle persone e pluralismo nelle forme di vita collettive. Ma nello stesso tempo diventano riflessive anche le norme della vita associata; e infatti vediamo imporsi orientamenti universalistici di valore. Nelle corrispondenti filosofie che nascono tra Sette e Ottocento troviamo una nuova coscienza normativa. Massime, strategie e regole d'azione non si legittimano più facendo semplicemente appello ai contesti delle rispettive tradizioni. Distinguere tra azioni autonome e azioni eteronome equivale anzi a rivoluzionare la coscienza della norma. Nello stesso tempo vediamo crescere un fabbisogno di giustificazione che, nelle condizioni del pensiero post-metafisico, solo i *discorsi morali* possono ancora coprire. Essi vogliono

²⁶ J. Habermas, «Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität», in Idem, *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt-Main 1987, p. 271 sgg.

infatti disciplinare imparzialmente i conflitti d'azione. A differenza però delle riflessioni etiche – sempre orientate al telos di ciò che per me, ovvero per noi, può valere come modello di vita buona, cioè di vita non sbagliata [*nicht-verfehlt*] – le riflessioni morali esigono che ci si stacchi da ogni prospettiva egocentrica o etnocentrica. Sottoposte al punto di vista morale del pari rispetto per ciascuno e dell'eguale considerazione per gli interessi di tutti, le pretese normative che (in maniera più che mai tagliente) mirano a disciplinare legittimamente le relazioni interpersonali finiscono per scivolare nel vortice della problematizzazione. Varcata la soglia del livello post-tradizionale di fondazione, l'individuo si forma una coscienza morale guidata da principi e orienta il suo agire all'idea di autodeterminazione. Ciò che nella personale condotta di vita si presenta in termini di autolegislaazione e di autonomia morale non è che il corrispettivo delle versioni giusrazionalistiche con cui viene intesa la libertà politica, ossia l'autolegislaazione democratica istituente una società giusta.

Nella misura in cui le tradizioni culturali e i processi di socializzazione diventano riflessivi, quella logica delle questioni etiche e morali che è inserita nelle strutture dell'agire comunicativo diventa sempre più cosciente. Non più coperti alle spalle da quelle visioni del mondo religiose o metafisiche che erano impermeabili alla critica, gli orientamenti pratici diventano in ultima istanza ricavabili soltanto tramite argomentazioni, ossia attraverso le forme di riflessione dello stesso agire comunicativo. La razionalizzazione del mondo di vita dipende dalla misura in cui i potenziali di razionalità impliciti nell'agire comunicativo, e messi discorsivamente in libertà, hanno impregnano e fluidificato le strutture di questo mondo. Al vortice della problematizzazione non possono opporsi né i processi individuali di formazione né i sistemi culturali del sapere. Non appena la logica interna alle problematiche etiche e morali si è imposta, ogni alternativa alle idee normative dominanti della modernità diventa (almeno sul lungo periodo) ingiustificabile. La coscienza condotta di vita del singolo individuo si commisura ai criteri seguenti: 1) ideale espressivistico dell'autorealizzazione, 2) idea deontologica della libertà, 3) massimo accrescimento utilitaristico delle individuali opportunità di vita. L'eticità della vita associata si commisura invece: 1) a utopie di solidale e non-alienata vita sociale nell'orizzonte di tradizioni consapevolmente ac-

quisite e criticamente sviluppate, 2) a vari modelli di società giusta, dove le istituzioni sono fatte in modo da disciplinare conflitti e aspettative comportamentali nell'eguale interesse di tutti gli attori; una variante di quest'ultimo modello è costituita dalle idee coltivate dallo Stato di welfare, relative all'accrescimento e alla giusta distribuzione della ricchezza sociale.

Ora, c'è una conseguenza di queste riflessioni che merita d'essere sottolineata. Nella misura in cui «cultura» e «strutture della personalità» acquistano connotazioni idealistiche, anche il diritto – spogliato dei suoi fondamenti sacrali – finisce per entrare sotto pressione. La terza componente del mondo di vita, la «società» come insieme degli ordinamenti legittimi, viene tanto più intensamente a concentrarsi (come abbiamo visto) nel sistema giuridico, quanto più a quest'ultimo vengono accolte funzioni integrative per la società nel suo complesso. Le trasformazioni che abbiamo visto realizzarsi nelle altre due componenti del mondo di vita ci aiutano a capire come mai gli ordinamenti giuridici moderni debbano progressivamente legittimarsi attingendo a fonti che non contrastino né con gli ideali di vita post-tradizionali né con le idee di giustizia ormai prevalenti nella cultura e nella personale condotta di vita. Le ragioni di legittimità del diritto dovranno allora accordarsi – pena l'insorgere di dissonanze cognitive – con i principi morali della giustizia e della solidarietà universali, non meno che con i principi etici di una condotta di vita (sia individuale sia collettiva) coscientemente progettata e responsabile. Non è detto che queste idee di autodeterminazione e di autorealizzazione si accordino sempre automaticamente tra loro. Per questo anche il giusrazionalismo contrattualistico ha dato risposte diverse ai moderni ideali della giustizia e della vita buona.

3.1.4. Con il nostro excursus abbiamo voluto spiegare perché i diritti umani e il principio di sovranità popolare rappresentino le uniche idee ancora capaci di dare giustificazione al diritto moderno. Queste idee infatti rappresentano il residuale «precipitato» di quella sostanza etico-normativa che, originariamente ancorata nelle tradizioni religiose e metafisiche, è stata poi spinta attraverso il filtro della fondazione post-tradizionale. Nella misura in cui i problemi morali si sono differenziati da quelli etici, la sostanza normativa appare come discorsivamente filtrata nelle due dimensioni dell'autodeterminazione e dell'autorealiz-

zazione. Non che sia possibile ascrivere univocamente a queste due dimensioni i diritti umani da un lato e la sovranità popolare dall'altro. Certamente però tra le due coppie di concetti sussistono affinità più o meno fortemente evidenziabili. Le due tradizioni politiche che – riallacciandomi in maniera semplificata a una discussione in corso negli Stati Uniti – vorrei chiamare «liberale» e «repubblicana» concepiscono da un lato i diritti umani come espressione dell'autodeterminazione morale e dall'altro lato la sovranità popolare come espressione dell'autorealizzazione etica. Secondo tale impostazione, diritti umani e sovranità popolare starebbero tra loro in un rapporto di concorrenza più che di reciproca integrazione.

Frank Michelman, per esempio, vede la tradizione del costituzionalismo americano come solcata dalla tensione tra un impersonale dominio delle leggi, fondato sugli innati diritti dell'uomo, da un lato, e lo spontaneo autoorganizzarsi d'una comunità capace di darsi autonomamente le proprie leggi attraverso la volontà sovrana del popolo, dall'altro²⁷. Questa tensione può sempre risolversi ora in una direzione ora nell'altra. Evocando il pericolo di una «tirannia della maggioranza», i liberali postulano la priorità di diritti umani che concedono libertà individuali prepolitiche e pongono limiti alla volontà sovrana del legislatore. I sostenitori dell'umanesimo repubblicano sottolineano invece il carattere intrinseco, non strumentalizzabile, dell'autoorganizzazione civica, tanto che alla comunità – intesa fin dall'inizio in termini politici – i diritti umani appariranno vincolanti solo come elementi di una propria tradizione storica consapevolmente accettata. Mentre per la concezione liberale i diritti umani condizionano l'intuizione morale come qualcosa di dato, cioè

²⁷ F. Michelman, *Law's Republic*, «The Yale Journal», XC VII, p. 1499 sgg.: «Penso che il costituzionalismo americano – così com'esso si presenta nella dottrina accademica costituzionale, nella prassi di giudici e avvocati, nella comune autocomprensione politica degli americani – poggi su due premesse riguardanti la libertà politica. Primo, che il popolo americano è politicamente libero in quanto si autogoverna collettivamente; secondo, che il popolo americano è politicamente libero nella misura in cui è governato da leggi e non da uomini. Penso che nessuno che partecipi seriamente e costruttivamente al dibattito costituzionale sia libero di rigettare una o entrambe queste professioni di fede. Penso che queste due premesse abbiano una relazione problematica tra loro, e che pertanto il loro significato sia soggetto a contestazioni infinite».

come qualcosa di ancorato in un immaginario stato di natura, per la concezione repubblicana dell'autorealizzazione collettiva la volontà etico-politica non deve riconoscere nulla che non risulti dal proprio autentico progetto di vita. Nel primo caso prevale il momento morale-cognitivo, nel secondo caso quello etico-volontaristico. Per contro Rousseau e Kant volevano correttamente pensare, nel concetto di autonomia, l'unione di ragioni pratica e volontà sovrana in maniera tale, che l'idea dei diritti umani e il principio di sovranità popolare potessero interpretarsi *a vicenda*. Nemmeno loro però riuscirono a intrecciare in maniera perfettamente simmetrica i due concetti. Semplificando, si può dire che mentre Kant suggerisce una lettura liberale dell'autonomia politica, Rousseau ne suggerisce una repubblicana.

Applicando il principio morale ai «rapporti esterni», Kant ottiene il «principio generale del diritto». Egli apre la *Rechtslehre* con quel diritto a eguali libertà soggettive (corredate di poteri coercitivi) che pertiene a ciascun uomo «in forza della sua umanità». Questo diritto originario regola «il mio e il tuo interni»; applicato al «mio e tuo esterni» esso genera i diritti soggettivi privati (che dopo Kant hanno rappresentato il punto di partenza per Savigny e la dogmatica tedesca di diritto civile). Questo sistema di diritti inalienabili – ai quali ogni uomo, «anche se volesse, non può rinunciare»²⁸ – è legittimato da principi morali ancor prima di differenziarsi in forma di leggi positive, dunque indipendentemente da quell'autonomia politica dei cittadini che si costituisce solo a partire dal patto sociale. In questo senso, già nello stato di natura i principi di diritto privato godono della validità di diritti morali; e in questo senso anche i «diritti naturali» tutelanti l'autonomia privata dell'uomo precedono la volontà del sovrano legislatore. Sotto quest'aspetto, la sovranità della «consensuale e unificata volontà» dei cittadini si troverebbe limitata da diritti dell'uomo fondati moralmente. Certo Kant non intendeva come restrizione il vincolo posto dai diritti umani alla sovranità popolare, in quanto dava per scontato che nell'esercizio della sua autonomia civica nessuno avrebbe potuto approvare leggi che contravvenissero alla propria autonomia privata, garantita dal diritto naturale. Ma proprio perciò sarebbe stato necessario spiegare meglio l'autonomia politica sulla

base d'un nesso *interno* ricollegante sovranità popolare e diritti umani. A ciò doveva infatti servire la costruzione del patto sociale. Senonché, nell'architettura della *Rechtslehre*, il diritto si presenta a noi come se fosse *uno sviluppo* della morale, tanto che l'andamento kantiano della fondazione finisce per togliere al patto sociale quella posizione centrale che esso effettivamente gode in Rousseau.

Rousseau prende le mosse dal costituirsi dell'autonomia civica, stabilendo a priori una connessione interna tra sovranità popolare e diritti umani. Potendo esprimersi solo nel linguaggio di leggi generali e astratte, la volontà popolare di Rousseau contiene fin dall'inizio *iscritto* in sé quel diritto a eguali libertà individuali che Kant – nei termini di un diritto umano fondato moralmente – *antepone* alla formazione politica della volontà. Perciò Rousseau non subordina più l'esercizio dell'autonomia politica alla riserva di diritti innati; piuttosto, il contenuto normativo dei diritti umani si risolve nella stessa modalità esecutiva della sovranità popolare. Attraverso il medium di leggi generali e astratte, la volontà generale dei cittadini si lega al procedimento d'una legislazione democratica che – escludendo automaticamente tutti gli interessi non suscettibili di generalizzazione – consente solo quelle regolamentazioni che concedono a tutti pari libertà individuali. Secondo quest'idea, l'esercizio proceduralmente conforme della volontà popolare garantisce anche la sostanza dell'originario diritto dell'uomo teorizzato da Kant.

In realtà Rousseau non sviluppò fino in fondo quest'intuizione illuminante, essendo egli legato più di Kant alla tradizione repubblicana. Rousseau dà all'idea dell'autolegislazione un'interpretazione più etica che morale, concependo l'autonomia come il realizzarsi, ad opera di un popolo particolare, di una forma di vita consapevolmente appresa. Com'è noto, egli immagina il costituirsi contrattualistico della sovranità popolare nei termini di un atto, diciamo così, esistenziale di socializzazione, attraverso cui individui isolati e orientati al successo *si trasformano* in cittadini orientati al bene comune d'una comunità etica. Facendosi membri di un'unico corpo collettivo, questi cittadini si fondono insieme nel macrosoggetto d'una prassi legislativa che s'innalza sui singoli interessi degli individui privati meramente soggetti alle leggi. Qui Rousseau spinge all'estremo l'eccessiva esigenza etica che – implicita nel concetto repubblicano di co-

²⁸ I. Kant, *Sul detto comune etc.*, cit., p. 166.

munità – viene a gravare sulle spalle del cittadino. Egli fa affidamento sulle virtù politiche che sono radicate nei costumi d'una comunità abbracciabile con lo sguardo, integrata da tradizioni comuni, relativamente omogenea. L'unica alternativa sarebbe per contro la costrizione dello Stato: «Quanto meno le volontà private si richiamino alla volontà generale, cioè i costumi alle leggi, tanto più la forza repressiva deve aumentare. Dunque il governo, per essere buono, deve essere relativamente più forte, a misura che il popolo sia più numeroso»²⁹.

Tuttavia, se la prassi dell'autolegislazione deve così tanto nutrirsi della sostanza etica d'un popolo che è già *preventivamente d'accordo* sui propri orientamenti di valore, allora Rousseau non può più spiegarci come il postulato orientamento dei cittadini al bene comune possa anche mediarsi agli interessi socialmente differenziati degli individui privati. Egli non può spiegarci, in altri termini, come la «volontà generale» costruita sul piano normativo possa anche mediarsi – senza bisogno di repressione – al libero arbitrio dei singoli individui. Per fare questo ci vorrebbe infatti un punto di vista genuinamente morale, che consentisse di verificare che cosa corrisponda oggettivamente – al di là di ciò che è semplicemente buono *per noi* – all'eguale interesse di ciascuno. Nella sua versione etica, invece, il concetto di sovranità popolare finisce per perdere il senso universalistico del principio giuridico.

È evidente che il contenuto normativo dell'originario diritto dell'uomo non può ridursi, come crede Rousseau, alla grammatica di leggi universali e astratte. Rispetto ai suoi contenuti materiali il senso dell'eguaglianza giuridica (anche per Rousseau implicito nella pretesa di legittimità del diritto moderno) non è mai riconducibile soltanto alle qualità *logico-semantiche* delle leggi universali. La forma grammaticale dei comandamenti universali non ci dice nulla sulla loro validità. La pretesa che una norma corrisponda oggettivamente all'eguale interesse di tutti ha piuttosto il senso dell'accettabilità razionale: tutti i potenziali interessati dovrebbero poterla approvare con buone ragioni. Ciò può essere stabilito solo ottemperando alle condizioni *pragmatiche* di discorsi che, sulla base delle informazioni pertinenti, fac-

²⁹ J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, III, cap. 1, in *Idem, Oeuvres complètes*, vol. III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, p. 397, tr. it., *Opere*, a cura di P. Rossi, Sansoni, Firenze 1972, p. 305.

ciano entrare in azione solo la costrizione dell'argomento migliore. Rousseau ritiene che la sostanza normativa del principio giuridico sia già implicita alle qualità logico-semantiche di *ciò che è voluto*; invece essa dovrebbe essere ricavata dalle condizioni pragmatiche che stabiliscono *come* si forma una volontà politica. Il nesso interno che andiamo cercando tra sovranità popolare e diritti umani coinciderà allora con la sostanza normativa implicita a una determinata *modalità d'esercizio dell'autonomia politica*. Si tratta d'una modalità garantita non già semplicemente dalla «forma» delle leggi universali, ma piuttosto dalla struttura comunicativa d'una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà.

Né Kant né Rousseau riescono a penetrare teoricamente questo nesso. Nell'ambito della filosofia della coscienza, ragione e volontà si lasciano sì armonizzare nel concetto di autonomia, ma solo a patto che questa facoltà dell'autodeterminazione venga poi ascritta a un soggetto determinato (sia esso l'io intelligibile della *Critica della ragion pratica* sia esso il popolo del *Contratto sociale*). Se la volontà ragionevole può formarsi soltanto nel soggetto individuale, allora l'autonomia morale di questo singolo individuo deve anticipare e ricomprendere in sé l'autonomia politica dell'unificata volontà di tutti, al fine di garantire l'autonomia privata di ciascuno nei termini del diritto naturale. Se per converso la volontà ragionevole può formarsi soltanto nel macrosoggetto d'un popolo o d'una nazione, allora l'autonomia politica va intesa come la cosciente realizzazione della sostanza etica da parte d'una comunità particolare. (In quest'ultimo caso, l'autonomia privata è difesa dalla soverchiante forza dell'autonomia politica soltanto dalla forma non-discriminante che caratterizza le leggi universali). Ciò che entrambe le concezioni non riescono a cogliere è la forza legittimante d'una formazione dell'opinione e della volontà di tipo discorsivo, la quale si serva delle vincolanti forze illocutive di un uso linguistico orientato all'intesa per armonizzare tra loro ragione e volontà, ossia per giungere a convinzioni liberamente e singolarmente condivisibili da tutti.

Ma se il luogo di formazione della volontà ragionevole sono i discorsi (oppure, come vedremo, trattative dalla procedura discorsivamente fondata), allora la legittimità del diritto si fonda in ultima istanza su un arrangiamento comunicativo. Come partecipanti a discorsi razionali, i consociati giuridici devono poter

verificare se una norma controversa trova (o potrebbe trovare) consenzienti tutti i potenziali interessati. Di conseguenza, il richiesto nesso interno tra sovranità popolare e diritti umani consisterà nel fatto che il «sistema dei diritti» definisce precisamente le condizioni per cui le forme di comunicazione necessarie a una produzione giuridica legittima possono essere anche esse giuridicamente istituzionalizzate. Il sistema dei diritti non è riducibile né a una lettura morale dei diritti umani né a una lettura etica della sovranità popolare, in quanto l'autonomia privata dei cittadini non può essere né sottordinata né sovraordinata alla loro autonomia politica. Le intuizioni normative connesse ai diritti umani e alla sovranità popolare potranno *compiutamente* dispiegarsi nel sistema dei diritti soltanto se avremo compreso che il diritto a pari libertà individuali non si lascia né imporre quale diritto morale in termini di restrizione esterna al legislatore sovrano né strumentalizzare come un prerequisito funzionale ai suoi obiettivi di potere. Per dimostrare la cooriginarietà di autonomia privata e autonomia pubblica, basterà decifrare in termini di teoria discorsiva la figura concettuale dell'autolegislazione. In questa figura, infatti, i destinatari dei diritti fanno tutt'uno con i loro autori. A questo punto la sostanza dei diritti umani si concentra nelle condizioni formali necessarie a istituzionalizzare giuridicamente *quel* tipo di formazione discorsiva dell'opinione e della volontà in cui è la sovranità del popolo ad assumere veste giuridica.

3.2. Norme morali e norme giuridiche: la complementarità di diritto positivo e morale di ragione

3.2.1. Abbiamo studiato due linee di sviluppo teorico – la dottrina del diritto civile e il giusrazionalismo – e in entrambe abbiamo trovato difficoltà derivanti da un analogo difetto d'impostazione. Il nesso interno di diritto soggettivo e diritto oggettivo, da un lato, di autonomia privata e autonomia pubblica, dall'altro, si dischiude soltanto se riusciamo a esplicitare in maniera seria e adeguata la struttura intersoggettiva dei diritti e la struttura comunicativa dell'autolegislazione. Prima d'intraprendere questo tentativo – ossia prima di presentare il sistema dei diritti nei termini della teoria discorsiva – voglio però ancora chiarire il rapporto esistente tra diritto e morale. Le difficoltà

che abbiamo individuato, infatti, non derivano soltanto dall'impostazione sbagliata che la filosofia della coscienza adottò sul piano storico, ma anche dalla pesante ipoteca che il giusrazionalismo – insistendo a separare tra loro diritto naturale e diritto positivo – finì per ereditare dal giusnaturalismo classico. Il giusrazionalismo moderno conserva una «duplicazione» del concetto di diritto che, oltre ad essere improponibile sul piano sociologico, è anche causa di difficoltà sul piano normativo. La mia tesi è che le norme giuridiche e le norme morali, dopo essersi *simultaneamente* differenziate dall'eticità tradizionale al livello post-metafisico di fondazione, si sviluppano *parallelamente* come due tipi di norme d'azione diverse, e tuttavia capaci d'integrarsi a vicenda. Perciò il concetto di autonomia andrà pensato in maniera tanto astratta da poter assumere figura specificamente diversa in riferimento ora al primo ora al secondo tipo di norme: principio morale in un caso, principio democratico nell'altro. Se evitiamo di restringere moralisticamente il concetto dell'autonomia, il principio giuridico kantiano perde ogni funzione di mediazione; in compenso diventa capace di spiegarci per quali aspetti le regole giuridiche si differenziano da quelle morali. Allora anche i diritti umani iscritti nella prassi democratica dell'autodeterminazione civica devono essere pensati fin dall'inizio – a prescindere dal loro contenuto morale – come diritti in senso giuridico.

Nell'Introduzione alla *Metafisica dei costumi* Kant procede in maniera diversa. Egli muove dal concetto fondamentale di una legge morale di libertà, per poi derivarne le leggi giuridiche per via di *restrizione*. La teoria morale fornisce quei concetti superiori – volontà e arbitrio, azione e motivazione pulsionale, dovere e inclinazione, legge e legislazione – che in prima battuta servono a determinare il giudizio e l'azione morale. Poi nella dottrina giuridica questi fondamentali concetti morali subiscono tre tipi di restrizione. Secondo Kant il concetto di diritto a) riguarda non la libera volontà ma l'*arbitrio* dei destinatari, b) concerne il rapporto *esterno* di una persona rispetto all'altra, c) è dotato di quel *potere coercitivo* che l'offeso è autorizzato ad esercitare nei confronti dell'aggressore. Il principio giuridico restringe sotto questi tre aspetti il principio morale. Avendo attuato questa restrizione, la legislazione giuridica *rispecchia* la legislazione morale, la legalità la moralità, i doveri giuridici quelli di virtù, e così via.

Questa costruzione poggia sulla convinzione platonica che l'ordinamento giuridico serve a rispecchiare (e a concretizzare) nel mondo fenomenico l'ordinamento intelligibile di un «regno dei fini». Ma anche prescindendo dalle ipotesi metafisiche di Kant, il semplice sdoppiarsi del diritto in «diritto naturale» e «diritto positivo» tradisce un'eredità platonica, vale a dire l'intuizione che l'ideale comunità dei soggetti moralmente responsabili (l'illimitata comunità della comunicazione, teorizzata da Josiah Royce fino a Karl-Otto Apel³⁰) entri attraverso il medium giuridico nei confini del tempo storico e dello spazio sociale, assumendo come comunità giuridica una concreta e localizzata figura spazio-temporale. Quest'intuizione non è del tutto sbagliata, dal momento che un ordinamento giuridico può essere legittimo solo se non contraddice principi morali. Tramite la componente di legittimità della validità giuridica, il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale. Ma questo riferimento alla morale non deve indurci a subordinare il diritto alla morale nel senso di una gerarchia tra norme. L'idea di una «gerarchia delle fonti» appartiene al mondo del diritto premoderno. Piuttosto, la morale autonomia da un lato e il diritto positivo (sempre bisognoso di fondazione) dall'altro si collocano in un rapporto di *complementarità*.

Da un punto di vista sociologico, entrambi si sono simultaneamente sviluppati per differenziazione da quell'ethos sociale complessivo in cui ancora s'intrecciavano tra loro diritto tradizionale ed etica convenzionale. Quando i fondamenti sacrali di questo tessuto – composta da diritto, morale ed eticità – cominciarono ad essere scossi, presero avvio dei processi di differenziazione. Sul piano del sapere culturale, come s'è visto, le questioni giuridiche si separarono da quelle morali e da quelle etiche. Sul piano istituzionale il diritto positivo si separò da abitudini e costumi, mentre questi ultimi si svalutarono a mere convenzioni. Questioni morali e questioni giuridiche si riferiscono evidentemente agli stessi problemi: cioè a come norme giustificate possano legittimamente ordinare tra loro relazioni interpersonali oppure coordinare azioni, a come si possono risolvere consensualmente conflitti d'azione sullo sfondo di regole e di principi normativi intersoggettivamente riconosciuti. Questioni morali e questioni giuridiche si riferiscono tuttavia agli stessi proble-

³⁰ J. Royce, *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston 1892.

mi in forme rispettivamente diverse. Nonostante il loro comune punto di riferimento, morale e diritto si differenziano «prima facie» per il fatto che mentre la morale post-tradizionale rappresenta soltanto una forma di sapere culturale, il diritto acquista anche cogenza sul piano istituzionale. Il diritto non è solo un sistema simbolico, ma anche un sistema d'azione.

Se pensiamo, com'è empiricamente dimostrabile, che gli ordinamenti giuridici siano cooriginario complemento d'una morale fattasi autonoma, allora non possiamo più sostenere l'idea platonica del «rispecchiamento» tra morale e diritto (quasi che una stessa figura geometrica sia semplicemente proiettata su un'altro piano di rappresentazione). Allora non dovremo più intendere i diritti fondamentali positivizzati nelle norme costituzionali come dei semplici riflessi dei diritti morali, né l'autonomia politica come un semplice rispecchiamento dell'autonomia morale. Vedremo invece *ramificarsi* le norme d'azione da un lato in regole morali e dall'altro in regole giuridiche. Da un punto di vista normativo, ciò corrisponde all'ipotesi che autonomia morale e autonomia civica siano cooriginarie: due principi spiegabili ricorrendo a un sobrio principio di discorso esprimente semplicemente il senso delle esigenze post-convenzionali di fondazione. Come lo stesso livello post-convenzionale di fondazione – raggiungendo il quale l'eticità sostanziale si dissolve nei suoi elementi costitutivi – anche questo principio di discorso ha certamente un contenuto normativo. Esso esplicita infatti il senso d'imparzialità dei giudizi pratici. Tuttavia, nonostante questa sostanza normativa, il principio di discorso si colloca a un livello d'astrazione che è *ancora neutrale* rispetto all'alternativa «diritto o morale», in quanto esso si riferisce semplicemente alle norme d'azione generalmente intese:

Principio D: Sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali.

I concetti base di questa formulazione vanno spiegati. Il predicato «valide», anzitutto, si riferisce alle norme d'azione e a tutti i relativi enunciati di carattere normativo; esprime una validità normativa di senso non-specifico, cioè ancora indifferente rispetto alla distinzione tra moralità e legittimità. Le «norme d'azione» vanno intese come aspettative di comportamento

generalizzate sul piano temporale, sociale e di contenuto. «Potenziali interessati» sono da me definiti tutti coloro i cui interessi siano coinvolti dai prevedibili effetti d'una prassi generale regolata dalla norma in questione. Infine si chiamerà «discorso razionale» *qualsiasi* tentativo d'intesa circa problematiche pretese di validità, purché avvenga in base a condizioni comunicative tali che consentano – dentro uno spazio pubblico costituito da obbligazioni illocutive – di mettere liberamente sotto processo temi e contributi, informazioni e ragioni. Indirettamente l'espressione può anche riferirsi a trattative, nella misura in cui queste siano regolate da procedimenti discorsivamente fondati.

Per concepire «D» in maniera sufficientemente astratta, non bisogna restringere pregiudizialmente il genere di temi, contributi o ragioni capaci di «contare» volta per volta. Infatti il principio morale deriva dalla specificazione del principio universale di discorso per norme giustificabili *unicamente* nella prospettiva d'una paritaria considerazione degli interessi. Il principio democratico nasce invece dalla corrispondente specificazione del principio di discorso per norme che si presentano in forma giuridica e si giustificano tramite ragioni pragmatiche, etico-politiche e morali (dunque non soltanto tramite ragioni morali). Per chiarezza vorrei soltanto aggiungere – anticipando argomenti del prossimo capitolo – che il genere delle ragioni è sempre relativo alla logica dei problemi affrontati. Nelle questioni morali, dove si tratta di fondare regole rispondenti all'eguale interesse di tutti, il sistema di riferimento è costituito dall'umanità, ovvero da una presupposta repubblica di cittadini cosmopolitici. Decisive sono le ragioni che devono poter essere accettate, in linea di principio, da ciascun individuo. Nelle questioni etico-politiche, dove si tratta di fondare regole che esprimano una consapevole auto-comprensione collettiva, il sistema di riferimento è costituito dalla forma di vita della collettività politica assunta come «la nostra». Decisive sono le ragioni accettabili da tutti coloro che appartengono alle «nostre» tradizioni e ne condividono i valori di fondo. I contrasti d'interesse, infine, hanno bisogno di un razionale bilanciamento tra atteggiamenti di valore e posizioni d'interesse che sono tra loro in conflitto. In questo caso si tratta di negoziare compromessi, e sarà l'insieme dei gruppi sociali e subculturali direttamente coinvolti a costituire il sistema di riferimento. Nella misura in cui si realizzano sotto eque condizioni di trattativa, tali compromessi dovranno

poter essere accettati in linea di principio da tutte le parti in causa, eventualmente anche per ragioni di tipo diverso.

Nelle mie precedenti pubblicazioni sull'etica discorsiva non ho differenziato abbastanza tra principio di discorso e principio morale. Il principio di discorso illustra soltanto il punto di vista capace di *fondare imparzialmente* le norme d'azione in generale. Qui io do per scontato che il principio medesimo si fondi nei simmetrici rapporti di riconoscimento caratterizzanti forme di vita comunicativamente strutturate. Introdurre un principio di discorso equivale a presupporre che le questioni pratiche possano essere imparzialmente giudicate e razionalmente decise. Questa presupposizione non è affatto ovvia: la può fondare solo una teoria dell'argomentazione quale tenterò di delineare nel capitolo seguente. Essa porta a distinguere tra loro – a partire dalla specifica logica d'indagine e dal corrispondente genere di ragioni – diversi tipi di discorso (nonché di trattative proceduralmente regolate). Più precisamente, per ciascun tipo di discorso si tratterà d'indicare con quali regole si può rispondere a questioni pragmatiche, etiche e morali³¹. Queste regole argomentative operazionalizzano, diciamo così, il principio di discorso. Nei discorsi morali di fondazione, per esempio, il principio di discorso assume la forma d'un principio di universalizzazione. In questo senso il principio morale funziona da regola argomentativa. In termini di pragmatica formale possiamo cercare di fondarlo ricorrendo ai presupposti generali dell'argomentazione, una volta che s'intenda per argomentazione la forma riflessiva dell'agire comunicativo³². Purtroppo in questa sede non posso sviluppare oltre la mia tesi. Quand'è applicato a casi particolari, il principio morale dev'essere integrato da un principio di adeguatezza. Di esso ci occuperemo più avanti parlando dei discorsi giuridici di applicazione³³. In questo contesto è invece impor-

³¹ J. Habermas, «Uso pragmatico, etico e morale della ragion pratica» (1988), in Idem, *Teoria della morale*, tr. it. di V. Tota, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 103-122.

³² W. Rehg, *Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalisation*, «Inquiry», XXXIV, 1991, pp. 27-48; Idem, *Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethic*, Dissertazione di laurea, Northwestern University, Evanston 1991.

³³ K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt-Main 1988; cfr. J. Habermas, *Teoria della morale*, cit., pp. 142-147; vedi sotto, sezione 5.2.2 del testo.

tante sottolineare per quali aspetti il principio democratico si differenzia dal principio morale.

Qui dobbiamo stare attenti. Infatti, giunti a questo snodo, occorre sottrarsi all'incarnato pregiudizio per cui la morale riguarderebbe soltanto le relazioni sociali affidate alla responsabilità individuale, mentre diritto e giustizia politica riguarderebbero soltanto le sfere istituzionali dell'interazione³⁴. Pensato in termini discorsivi, il principio morale si colloca «al di là» d'una divisione tra sfere private e sfere pubbliche della vita (una divisione che dipende in maniera storicamente contingente dalle diverse forme di struttura sociale). Nel quadro della teoria discorsiva il principio morale – prendendo sul serio l'universalistico «senso di validità» delle norme morali – traduce in prassi pubblica quell'ideale «assunzione di ruolo» che il soggetto kantiano intraprendeva in termini individualistici e privati. Del resto suddividere topograficamente le competenze della morale e del diritto a partire dalle sfere private e pubbliche dell'azione appare già controintuitivo per la semplice ragione che la formazione di volontà del legislatore politico ricomprende in sé anche gli aspetti morali delle materie da regolamentare. Nelle società complesse, com'è noto, la morale dev'essere tradotta in codice giuridico per poter far sentire i suoi effetti al di là d'un ambito immediatamente locale.

Per ricavare criteri univoci di distinzione tra principio democratico e principio morale, io prendo le mosse dal fatto che il principio democratico deve fissare la procedura d'una legittima produzione giuridica. Esso stabilisce che possono pretendere validità legittima solo le leggi approvabili da tutti i consociati in un processo discorsivo di statuizione a sua volta giuridicamente costituito. In altri termini, il principio democratico spiega il senso performativo della prassi d'autodeterminazione di soggetti giuridici che si riconoscano a vicenda come liberi ed eguali consociati. Per questo il principio democratico si colloca su un *piano diverso* dal principio morale.

³⁴ In questo senso A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt-Main 1986, contrappone al principio morale da usarsi in sede privata un principio di giustizia regolante la comune formazione politica della volontà. Anche O. Höffe, *Giustizia politica*, cit., p. 33, vorrebbe in tal modo distinguere il punto di vista morale dal punto di vista della giustizia politica.

Mentre il principio morale funziona da regola argomentativa per poter decidere razionalmente le questioni morali, il principio democratico dà già per scontata la possibilità di decidere razionalmente le questioni pratiche – ossia la possibilità di produrre discorsivamente (oppure con trattative proceduralmente disciplinate) *tutte* le fondazioni necessarie a dare legittimità alle leggi. Perciò il principio democratico non risponde alla questione – che andrà preliminarmente chiarita con strumenti di teoria dell'argomentazione – se e come le faccende politiche siano affrontabili in termini discorsivi. Dando per scontato che una formazione politica razionale dell'opinione e della volontà sia sempre possibile, il principio democratico ci dice soltanto come ciò possa essere istituzionalizzato. Vale a dire tramite un «sistema dei diritti» che garantisca a ciascuno eguale partecipazione a un processo di produzione giuridica anch'esso (a sua volta) garantito nei suoi presupposti comunicativi. Mentre il principio morale opera sul piano della costituzione *interna* d'un determinato gioco argomentativo, il principio democratico si riferisce invece al piano dell'istituzionalizzazione *esterna* (cioè direttamente condizionante l'azione) di una paritaria partecipazione politica a quella formazione discorsiva dell'opinione e della volontà che si realizza in forme comunicative a loro volta giuridicamente tutelate.

Questa differenza dei piani di riferimento è il primo punto di vista che ci consente di distinguere tra principio democratico e principio morale. Il secondo punto di vista è rappresentato dalla differenza esistente tra le norme giuridiche e tutte le altre norme d'azione. Mentre il principio morale riguarda tutte le norme d'azione giustificabili soltanto con ragioni morali, il principio democratico è invece fatto su misura per le norme giuridiche. Queste ultime non derivano da quell'insieme d'interazioni semplici, più o meno naturali, che ci troviamo come date nella vita d'ogni giorno. La forma giuridica che le riveste è infatti un prodotto relativamente recente dell'evoluzione sociale. Nei confronti delle regole d'interazione naturalistiche, giudicabili soltanto da un punto di vista morale, le norme giuridiche hanno sempre un carattere artificiale: esse formano uno strato di norme d'azione che, oltre ad essere prodotte intenzionalmente, sono anche applicabili riflessivamente a se stesse. Perciò il principio democratico non deve solo stabilire la procedura d'una legittima produzione giuridica, ma deve anche controllare e diri-

gere la produzione del *medium giuridico stesso*. In altri termini, il principio democratico deve specificare – in consonanza con il principio di discorso – le condizioni che i diritti in generale devono realizzare per poter costituire una comunità giuridica e per poter funzionare da *medium* della sua autoorganizzazione. Perciò, insieme al sistema dei diritti, occorre anche creare un *linguaggio* attraverso cui la comunità possa intendersi quale volontaria associazione di liberi ed eguali consociati *giuridici*.

In corrispondenza ai due diversi aspetti con cui abbiamo distinto tra loro principio democratico e principio morale, troviamo ora i due diversi compiti che il «sistema dei diritti» da noi richiesto deve affrontare. Esso deve per un verso istituzionalizzare una ragionevole formazione politica della volontà, per l'altro verso garantire il *medium giuridico* in cui quest'ultima possa esprimersi come volontà comune di liberi consociati. Ma per specificare questo secondo compito dobbiamo precisare meglio le determinatezze formali del *medium giuridico*.

3.2.2. Nelle pagine seguenti voglio illustrare le determinatezze formali del diritto a partire dal rapporto di complementarità esistente tra diritto e morale. Questa illustrazione rientra in una spiegazione *funzionale* del diritto, non in una fondazione normativa di esso. Infatti la forma giuridica come tale non è affatto un principio che debba essere «fondato» sul piano epistemico o normativo. Abbiamo visto come già Kant caratterizzasse la legalità (o conformità giuridica) delle modalità d'azione sulla base di tre astrazioni, che si rivolgono ai destinatari e non agli autori del diritto. Anzitutto, facendo astrazione dalla capacità dei suoi destinatari di vincolare liberamente la volontà, il diritto tiene soltanto conto del loro *arbitrio*. In secondo luogo, facendo astrazione dalla complessità dei piani d'azione attraversati (una complessità inerente al mondo di vita), il diritto si limita al *rapporto esterno* di un condizionamento interattivo tra attori definiti come socialmente tipici. In terzo luogo, facendo astrazione dal *genere di motivazione*, il diritto si accontenta, come abbiamo visto, di provocare nell'agire una conformità alla regola, senza preoccuparsi per quali vie essa si determini.

Come le modalità d'azione si restringono alla semplice conformità giuridica, così anche lo status dei soggetti giuridici andrà inteso come specificamente ristretto. Le norme morali disciplinano relazioni e conflitti interpersonali tra persone natu-

rali, le quali si riconoscono mutuamente sia come membri d'una comunità concreta sia come individui insostituibili³⁵. Esse s'indirizzano cioè a persone identificate dalla loro storia di vita. Invece le norme giuridiche disciplinano relazioni e conflitti interpersonali tra attori che si riconoscono come membri d'una comunità astratta – cioè di una comunità prodotta soltanto in base a norme giuridiche. Anche le norme giuridiche s'indirizzano a individui, tuttavia a individui identificati non più dalla storia di vita personale, bensì dalla posizione di membri socialmente tipici nel quadro d'una comunità giuridica. Muovendo dalla prospettiva dei destinatari, il rapporto giuridico deve astrarre dalla capacità del soggetto di vincolare immediatamente la propria volontà attraverso atti d'intelligenza normativa. Esso deve soltanto ascrivere una libertà d'arbitrio, ossia la capacità di assumere decisioni razionali rispetto-allo-scopo³⁶. Anche gli altri aspetti della legalità sono ricavabili tramite riduzione della libera (e autentica) volontà personale del soggetto moralmente (ed eticamente) responsabile al semplice arbitrio d'un soggetto giuridico puntualmente determinato dalle proprie preferenze. Solo materie riguardanti rapporti esterni possono essere giuridicamente disciplinate. Questo perché, all'occorrenza, un comportamento conforme alle regole è anche ottenibile per via coercitiva. Il che d'altro canto – pur senza mettere in questione i fondamenti intersoggettivi del diritto in quanto tale – può anche spiegare quell'effetto di «atomizzazione» che è caratteristico della forma giuridica.

Anche se il concetto kantiano di legalità ci fornisce un'utile guida alle determinatezze formali del diritto, tuttavia noi non dobbiamo intendere gli aspetti della legalità nei termini di una

³⁵ L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt-Main 1993.

³⁶ Questa astrazione ha un significato liberal-garantista. Lo status di soggetto giuridico tutela la sfera in cui una persona concreta – moralmente ed eticamente responsabile – può svilupparsi in tutta libertà. Certo questa riduzione del soggetto giuridico a un titolare di diritti individuali caratterizzato da libertà d'arbitrio acquista un significato morale ed etico soltanto nella misura in cui la garanzia giuridica delle libertà individuali serve a proteggere la sfera d'una condotta di vita consapevole e autonoma. Il diritto pone così una «maschera protettiva» (H. Arendt) davanti alla fisionomia delle persone storicamente individuate, le quali vogliono agire con coscienza sul piano morale e vivere con autenticità sul piano etico-esistenziale. Cfr. R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt-Main 1993.

limitazione della morale. Io vorrei spiegarli piuttosto partendo da un rapporto di complementarità esistente tra morale e diritto. Complementarità suggeritami anche dalla prospettiva sociologica, che vede nel costituirsi della forma giuridica una compensazione necessaria ai deficit prodotti dal disgregarsi dell'eticità tradizionale. Una morale autonoma, fondata unicamente su basi razionali, può infatti fornire soltanto giudizi corretti. Passando al livello post-convenzionale di fondazione la coscienza morale si stacca dalla prassi tradizionale ereditata, mentre l'ethos sociale complessivo regredisce a mera convenzione, a costume e diritto consuetudinario.

Una morale di ragione, unicamente fondata su principi, tende sempre ad atteggiarsi criticamente verso gli orientamenti d'azione naturalistici che si presentano come spontanei, istituzionalmente durevoli, ancorati (tramite modelli di socializzazione) al piano motivazionale. Quando cadono sotto lo sguardo critico di questa morale, le opzioni alternative e i loro sfondi normativi scivolano nel vortice della problematizzazione. La morale di ragione mette a fuoco soltanto problemi di giustizia: essa riconduce fundamentalmente *ogni cosa* al nitido e ristretto cono di luce d'una possibile universalizzazione. Mirando a giudicare imparzialmente conflitti d'azione moralmente rilevanti, essa rende possibile un tipo di conoscenza che pur dando all'azione un certo orientamento, non le fornisce tuttavia una *motivazione* sufficiente. Come forma sublimata di conoscenza, anche la morale di ragione non manca di trovare la sua rappresentazione sul piano della cultura: essa esiste anzitutto in quanto significato di simboli culturali che possono essere intesi e interpretati, tramandati e sviluppati criticamente. Naturalmente, seppur librata nel cielo della cultura, anche questa morale deve sempre riferirsi ad azioni *possibili*. Di per sé tuttavia ha smarrito ogni rapporto sia con le motivazioni capaci di dare impulso al giudizio morale sia con le istituzioni che provvedono a dare realizzazione effettiva alle aspettative moralmente autorizzate. Questa morale si è per così dire «ritirata» dentro al sistema culturale: nella misura in cui non viene messa personalmente in pratica da soggetti psicologicamente motivati, essa mantiene una relazione soltanto virtuale con l'azione. I soggetti reali devono sentirsi effettivamente «spinti» ad agire in maniera morale. Perciò una morale di ragione dipenderà sempre da recettivi processi di socializzazione che producano quelle corrispondenti

istanze psichiche (o formazioni del super-io) che possano fungere da riscontro. Al di là della debole forza motivazionale delle buone ragioni, la morale di ragione diventa efficace sul piano dell'azione solo dopo che interiorizzati principi morali abbiano trovato ancoraggio nel sistema della personalità.

Il passaggio dalla conoscenza all'azione rimane sempre incerto: sia per le vulnerabili modalità d'autocontrollo dell'attore morale (autocontrollo precario perché passante per astrazioni d'alto livello) sia per l'inverosimiglianza di processi di socializzazione capaci d'incrementare competenze tanto esigenti. Una morale dipendente dal ricettivo sostrato di favorevoli strutture della personalità sarebbe certo destinata a rimanere scarsamente efficace, ove non potesse catturare le motivazioni degli attori anche attraverso una via *diversa* dall'interiorizzazione. Il che avviene, com'è noto, attraverso l'istituzionalizzazione d'un sistema giuridico *integrante* la morale di ragione sul piano d'un efficace condizionamento pratico. Il diritto è entrambe le cose insieme: sistema di sapere e sistema d'azione. Esso può essere inteso sia come un testo di disposizioni e interpretazioni normative sia come una istituzione, ossia come un complesso di regolativi d'azione. Giacché nel diritto come sistema d'azione gli orientamenti di valore risultano intrecciati ai motivi, alle disposizioni giuridiche compete quell'immediata «spinta pratica» che manca invece ai giudizi morali in quanto tali. Nello stesso tempo le istituzioni giuridiche si differenziano dagli ordinamenti istituzionali della tradizione per il loro relativamente alto livello di razionalità. In loro si consolida un sistema di sapere che è scientificamente organizzato e internamente collegato a una morale fondata su principi. In tal modo il diritto trova un radicamento parallelo sia sul piano sociale che sul piano culturale, e può *compensare* le debolezze d'una morale di ragione soltanto presente come forma del sapere.

Nel giudizio e nell'azione morale, l'individuo deve autonomamente appropriarsi, elaborare e tradurre in pratica questo sapere. Egli si trova così soggetto a inaudite pretese di carattere a) cognitivo, b) motivazionale e c) organizzativo, pretese da cui come soggetto giuridico risulta invece *sgravato*.

(a) La morale di ragione fornisce nient'altro che una procedura per giudicare imparzialmente questioni controverse. Non potendo privilegiare cataloghi di virtù, o liste di norme gerarchicamente ordinate, essa pretende che siano gli stessi sog-

getti a formarsi un proprio giudizio. Inoltre, la libertà comunicativa da essi svincolata nei discorsi morali conduce soltanto a cognizioni fallibilistiche entro interpretazioni controverse. I più difficili da trattare non sono i problemi attinenti alla fondazione delle norme. Di solito, infatti, non sono i principi ad essere controversi – quei principi che prescrivono eguale rispetto per ciascuno, giustizia distributiva, aiuto ai bisognosi, lealtà, sincerità e così via. L'astutezza di norme tanto generalizzate suscita piuttosto problemi di applicazione non appena un conflitto urgente oltrepassi l'ambito familiare delle interazioni quotidiane. Decidere casi simili, concreti ma difficilmente abbracciabili con lo sguardo, richiede allora operazioni complesse. Da un lato occorre scoprire e descrivere le caratteristiche più rilevanti della situazione, alla luce di «norme candidate» alternative ma ancora indeterminate. Dall'altro lato occorre scegliere, interpretare ed applicare la norma più adeguata al caso dato, alla luce d'una descrizione della situazione che sia la più completa possibile. Nel caso di questioni complicate, i problemi di fondazione e di applicazione superano spesso le capacità d'analisi del singolo individuo. Questa *indeterminatezza cognitiva* viene assorbita dalla fattualità della produzione giuridica. Il legislatore politico decide quali norme debbano valere come legge, mentre sull'applicazione di norme valide ma bisognose d'interpretazione sono i tribunali ad appianare (in maniera per tutti perspicua e definitiva) le controversie interpretative. Il sistema giuridico toglie così agli individui – nel loro ruolo di destinatari delle norme – il potere di definire i criteri per giudicare ciò che è giusto o ingiusto. Dal punto di vista della complementarità tra diritto e morale, le procedure legislative del parlamento, la prassi decisionale giudiziaria, la professionalità d'una dottrina giuridica che precisa regole e sistematizza sentenze, equivalgono tutte per il singolo individuo a uno «sgravio» dagli oneri cognitivi d'una formazione in prima persona del giudizio morale.

(b) Ma la morale di ragione sovraccarica l'individuo non solo con il problema di decidere conflitti d'azione, ma anche con le aspettative concernenti la sua forza di volontà. Da un lato, nelle situazioni di conflitto, egli dev'essere generalmente disponibile a cercare una soluzione consensuale. Il che significa che egli dev'essere pronto a entrare in discorsi reali, oppure disposto a cercare di immaginarne l'esito assumendosene per procura i vari ruoli [*advokatorisch durchspielen*]. Dall'altro lato egli deve trovare

la forza – eventualmente andando contro i propri interessi – di agire secondo cognizioni morali, ossia di accordare tra loro dovere e inclinazione. Mettendosi d'accordo nei suoi ruoli, l'attore deve conciliare sé come autore con sé come destinatario degli imperativi. All'indeterminatezza cognitiva del giudizio si aggiunge così l'*incertezza motivazionale* circa un agire guidato da principi. Quest'incertezza viene assorbita dalla fattualità dell'imposizione giuridica. Così la morale di ragione viene a dipendere – nella misura in cui non è sufficientemente ancorata nei motivi e negli atteggiamenti dei destinatari – da un diritto che costringe di fatto il comportamento a conformarsi alle norme (pur mettendo in libertà motivi e atteggiamenti). Il diritto coercitivo ricopre le aspettative normative con minacce di sanzione, sicché ora i destinatari possono limitarsi a calcolare prudentemente le conseguenze prevedibili.

Il problema della debolezza di volontà fa anche nascere l'ulteriore problema di ciò che è *ragionevolmente pretendibile* [*Zumutbarkeit*]. Infatti, secondo quanto prescrive la morale di ragione, i singoli individui verificano la validità delle norme supponendo che queste siano effettivamente osservate da tutti. Ma se devono essere valide soltanto le norme che – nel meritare l'approvazione razionalmente motivata di tutti gli interessati – presuppongono una prassi di *universale* osservanza normativa, allora non si potrà mai *ragionevolmente pretendere* da nessuno di tener fede alle norme prima che sia stata esaudita questa condizione. Ciascuno deve potersi aspettare da tutti l'osservanza delle norme valide. Perciò le norme valide diventano ragionevolmente pretendibili soltanto quando possono effettivamente imporsi nei confronti del comportamento deviante.

(c) Dal carattere universalistico della morale di ragione discende poi, come terzo problema, quello dell'*imputabilità delle obbligazioni*. Ciò vale soprattutto nel caso – tanto più frequente quanto più complessa è la società – di doveri positivi adempibili solo tramite sforzi di cooperazione e prestazioni organizzative. L'inequivocabile dovere, per esempio, di salvare dalla morte per fame anche un prossimo senza nome sta in crassa contraddizione con il fatto che milioni di abitanti del primo mondo lasciano agonizzare centinaia di migliaia di persone nelle aree di povertà del terzo mondo. Anche l'aiuto caritatevole può arrivarvi solo attraverso corsie organizzate: la spedizione di cibo e medicine, vestiti e infrastrutture, è cosa che trascende di gran lunga iniziativa

e margini d'azione individuali. Molti studi dimostrano come un miglioramento strutturale richiederebbe addirittura un diverso ordinamento dell'economia mondiale. Naturalmente problemi simili, padroneggiabili soltanto per via istituzionale, esistono anche nella propria regione di appartenenza, e addirittura nella sfera del vicinato. Quanto più la coscienza morale si converte a orientamenti di valore universalistici, tanto maggiore è il divario separante l'incontestabilità delle esigenze morali dai vincoli organizzativi e dalle resistenze a cambiare. Così, le esigenze morali esaudibili solo tramite anonime catene d'azione e prestazioni organizzative saranno certe di raggiungere i loro destinatari solo all'interno d'un sistema di regole che siano applicabili anche a se stesse. Solo il diritto è *costitutivamente* riflessivo: esso contiene regole secondarie che servono a produrre regole primarie di controllo comportamentale. Esso può stabilire competenze e fondare organizzazioni, insomma creare un sistema di attribuzioni riferito non soltanto a soggetti giuridici naturali, ma anche a persone giuridiche artificiali quali associazioni e istituzioni.

Analogamente alle questioni di ragionevole pretendibilità, debolezza di volontà e decidibilità, anche questo problema della divisione morale del lavoro³⁷ mette in luce quei limiti della morale post-convenzionale che giustificano in termini funzionali una sua integrazione giuridica. Un altro problema consiste nel fatto che il livello fondativo post-convenzionale della morale di ragione sottrae alle istituzioni tradizionalmente accreditate i fondamenti della loro legittimità. Non appena i criteri morali, fattisi più esigenti, non possono più essere stabiliti in maniera ingenua, vediamo nascere una spinta alla problematizzazione che impone alle istituzioni screditate il dovere di giustificarsi. Senonché, pur fornendo la prospettiva d'un disincantato giudizio sulle istituzioni esistenti, questa morale non offre poi nessun appiglio *operativo* per ricostruirle. Anche a questo può sopperire un diritto positivo che – funzionando come un sistema d'azione «di riserva» – è in grado di prendere il posto di altre istituzioni.

Ma il diritto non serve soltanto a ricostruire i complessi istituzionali di tipo naturalistico, che sono andati progressivamente in rovina per il venir meno della legittimazione. La modernizzazione della società produce un fabbisogno organizzativo di ti-

³⁷ H. Shue, *Mediating Duties*, «Ethics», XCVIII, 1988, pp. 687-704.

po *nuovo*, affrontabile solo in termini costruttivi. Mentre certe sfere tradizionali d'interazione come scuola o famiglia vengono solo *ristrutturate* nel loro sostrato istituzionale, sistemi d'azione formalmente organizzati come mercati, imprese o amministrazioni, devono essere *creati* «ex novo» attraverso processi di costituzione giuridica. L'economia capitalistica controllata dal denaro, oppure la burocrazia statale organizzata per competenze, possono soltanto nascere nel medium della loro istituzionalizzazione giuridica.

Naturalmente le specifiche prestazioni d'un codice giuridico rispondente al crescente fabbisogno di regolamentazione e organizzazione delle società complesse non possono essere interamente spiegate (come i problemi fin qui esaminati potrebbero suggerire) soltanto ricorrendo al fabbisogno di compensazione d'una morale di ragione. Le reali proporzioni si svelano chiaramente solo quando, rovesciando la prospettiva, si sappia anche considerare la morale dalla prospettiva del sistema giuridico. La morale di ragione resterebbe circoscritta a un ben limitato raggio d'azione, se tutta la sua efficacia dovesse dipendere soltanto dai processi di socializzazione e dalla coscienza degli individui. Attraverso quel sistema giuridico cui resta internamente agganciata, la morale può invece irraggiarsi su *tutti* gli ambiti d'azione, dunque persino su quelle sfere d'interazione sistemicamente automatizzate che – essendo controllate da media – sgravano gli attori di tutti i loro obblighi morali (eccetto quelli d'una generica ottemperanza giuridica). In società meno complesse, l'ethos della forma di vita ricavava la sua forza socio-integrativa dal fatto che l'eticità complessiva collegava tra loro tutte le componenti del mondo di vita, ancorando i doveri concreti per un verso alle istituzioni sociali per l'altro verso alle motivazioni psichiche. Ma come i contenuti morali possano essere veicolati, attraverso i canali delle regolazioni giuridiche, nel corpo delle società altamente complesse, è una questione che affronteremo soltanto dopo aver preso visione del sistema giuridico nel suo insieme.

3.3. Fondazione discorsiva dei diritti fondamentali: principio di discorso, forma giuridica e principio democratico

Riannodando i diversi fili dell'argomentazione, siamo ora in grado fondare un sistema dei diritti che dia *peso eguale* all'auto-

nomia privata e all'autonomia pubblica dei cittadini. Questo sistema deve contenere precisamente i diritti fondamentali che i cittadini sono costretti a riconoscersi se vogliono legittimamente regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Come nel giusrazionalismo classico, questi diritti andranno dapprima introdotti dalla prospettiva di un non partecipante. A questo scopo abbiamo già compiuto tutta una serie di passi preliminari. Richiamandoci alla storia dottrinale del diritto civile e delle libertà personali, abbiamo illustrato come la legittimità nasca paradossalmente dalla legalità. Poi, sviluppando in termini discorsivi il concetto di autonomia, abbiamo messo in luce il nesso interno ricollegante i diritti dell'uomo alla sovranità popolare. Infine abbiamo indagato la complementarietà di diritto e morale, al fine di chiarire le determinatezze formali che distinguono le norme giuridiche dalle norme d'azioni in generale. È interessante osservare come già la stessa forma giuridica determini la caratteristica posizione di privilegio occupata dai diritti individuali nei moderni ordinamenti giuridici.

Se presentiamo il diritto come un'integrazione della morale intesa a stabilizzare le aspettative comportamentali, allora la fattualità della produzione e dell'imposizione giuridica (così come, d'altro canto, l'autoapplicazione costruttiva del diritto) diventano elementi costitutivi per un determinato tipo di interazioni che ci sgravano dal peso della morale. Il medium del diritto come tale presuppone diritti che definiscono lo statuto di «soggetto giuridico» come titolare di diritti in generale. Questi diritti si attagliano alla libertà d'arbitrio di attori tipizzati e isolati, ossia a libertà individuali concesse in via condizionale. Qui ci sono due aspetti che si legano tra loro. Il fatto che, orientandosi al successo, gli attori svincolino il loro arbitrio egoistico dagli obbliganti contesti d'un agire orientato all'intesa è solo l'altra faccia del fatto che le azioni vengano ora coordinate attraverso leggi coercitive che circoscrivono dall'esterno i margini di scelta. Si spiega così il ruolo fondamentale assunto dai diritti che tutelano e rendono reciprocamente compatibili libertà soggettive individualmente distribuite.

Questi diritti garantiscono un'autonomia privata descrivibile anche come una liberazione dalle obbligazioni della libertà comunicativa. Insieme a Klaus Günther, io intendo per «libertà comunicativa» la possibilità – mutuamente presupposta

nell'agire orientato all'intesa – di prendere posizione sia sulle dichiarazioni della controparte sia sulle implicite pretese di validità con cui tali dichiarazioni postulano un riconoscimento intersoggettivo³⁸. A tutto ciò si collegano obbligazioni da cui le libertà individuali giuridicamente tutelate ci *dispensano*. La libertà comunicativa esiste solo tra attori che, in atteggiamento performativo, vogliono reciprocamente mettersi d'accordo circa qualcosa, ognuno di essi aspettando che l'altro prenda posizione sulle pretese di validità da lui avanzate. Questa dipendenza della libertà comunicativa da un rapporto intersoggettivo spiega perché tale libertà sia sempre collegata a obbligazioni illocutive. Perché Tizio possa prendere posizione (con un sì o con un no) circa la criticabile pretesa di validità di Caio, occorre che quest'ultimo sia pronto a dare giustificazione alla pretesa sollevata col suo atto linguistico. I soggetti agenti comunicativamente s'impegnano a far dipendere la coordinazione dei loro piani d'azione da un consenso che si basa sia sulle prese di posizione reciproche in ordine a pretese di validità sia sul riconoscimento intersoggettivo di tali pretese di validità. Perciò alla fine contano soltanto le ragioni che le parti interessate trovino *egualmente* accettabili. Agli occhi dei soggetti comunicativi sono sempre, di volta in volta, *le stesse* ragioni ad avere forza razionalmente motivante. Per contro, agli occhi d'un attore che decide in base alla sua libertà soggettiva non ha nessuna importanza che le ragioni *per lui* decisive siano accettabili anche agli altri. Nel caso della condotta razionale rispetto-allo-scopo bastano ragioni relative all'agente. Perciò l'autonomia privata del soggetto giuridico è sostanzialmente interpretabile come la libertà negativa di chi abbandona lo spazio pubblico delle obbligazioni illocutive, per ritirarsi su una posizione di vicendevole osservazione e di reciproco condizionamento. L'ambito dell'autonomia privata è dunque quello in cui il soggetto giuridico *non* deve rendere conto a nessuno, l'ambito cioè in cui *non* gli si chiede di esibire ragioni pubblicamente accettabili per i suoi piani d'azione. Le libertà d'azione individuali ci autorizzano ad *abbandonare* [*aussteigen*] la sfera dell'agire comunica-

³⁸ K. Günther, «Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht», in P. Koller e Altri, a cura di, *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, «Archiv für Rechts- und Sozialpolitik» (ARSP), quaderno 51, 1991, p. 58 sgg.

tivo e a rifiutarne le obbligazioni illocutive; esse fondano così una sfera privata in cui ci liberiamo dal peso di libertà comunicative vicendevolmente concesse e pretese.

Il principio giuridico kantiano che stabilisce un diritto alle libertà individuali può allora essere inteso come l'esigenza di costituire un «codice giuridico» nella forma di diritti soggettivi che esonerano il titolare dalle pretese della libertà comunicativa. In realtà, il principio giuridico kantiano pretende non soltanto un diritto a libertà individuali in generale, ma a *pari* libertà individuali. La libertà di ogni *singolo* deve poter coesistere con la pari libertà di *tutti* secondo una legge universale. È a questo punto che entra in gioco quella pretesa di legittimità del diritto positivo che potevamo anche trascurare finché consideravamo soltanto le determinatezze formali del diritto. Nella formulazione kantiana del principio giuridico, l'onere della legittimazione è sostenuto dalla «legge universale». Quest'espressione tradisce ancora la presenza sullo sfondo dell'imperativo categorico: la forma d'una legge universale legittima la distribuzione di libertà individuali solo in quanto esprime la buona riuscita del «test dell'universalizzazione» che la verifica. Da ciò discende in Kant una subordinazione del diritto alla morale che è inconciliabile con la concezione di un'autonomia realizzata a partire dallo stesso *medium giuridico*.

L'idea di un'autolegislazione di cittadini pretende infatti che coloro che come destinatari sono sottomessi al diritto possano anche, nello stesso tempo, ritenersene autori. Quest'idea non è soddisfatta se noi vediamo nel diritto a pari libertà individuali soltanto un diritto fondato moralmente, che il legislatore dovrebbe limitarsi a positivizzare. Certo, avendo già a disposizione un concetto di legalità, possiamo anche convincerci della validità dell'originario diritto dell'uomo dalla nostra prospettiva di soggetti morali. Ma *in quanto* legislatori morali noi non siamo identici ai soggetti giuridici cui, come destinatari, tale diritto viene messo a disposizione. Anche se ogni soggetto giuridico capisse che come persona morale avrebbe potuto darsi da solo determinate leggi, tuttavia questa ratifica morale — intrapresa ogni volta a posteriori e da un punto di vista strettamente privato — non elimina affatto il paternalismo di un «dominio delle leggi» cui i soggetti politicamente eteronomi restano complessivamente sottomessi. Solo una produzione giuridica *politicamente autonoma* consente anche ai destinatari del diritto di vedere

correttamente nell'ordinamento giuridico una loro creazione. Il diritto legittimo può infatti conciliarsi solo a una modalità di coercizione che non distrugga i motivi razionali dell'obbedienza giuridica. Nonostante il suo carattere coercitivo, il diritto deve non *forzare ciecamente* i suoi destinatari, ma piuttosto lasciarli liberi di decidere ogni volta se sia il caso di rinunciare all'esercizio della loro libertà comunicativa, vale a dire se sia il caso di «non» prendere posizione sulla pretesa di legittimità del diritto. Allora l'atteggiamento performativo verso il diritto viene sostituito — in quella determinata circostanza — dall'atteggiamento oggettivante di un attore che calcola gli utili e si risolve in base all'arbitrio. Le norme giuridiche devono poter essere ottemperate anche solo per calcolo.

L'idea di autolegislazione dei cittadini non dev'essere dunque ricondotta all'autolegislazione *morale* di persone *single*. L'autonomia dev'essere pensata in maniera più astratta e neutrale. Perciò ho introdotto un principio di discorso inizialmente indifferente nei confronti di morale e diritto. Il principio di discorso assume la forma di principio democratico solo attraverso un'istituzionalizzazione giuridica; il principio democratico, a sua volta, fornisce forza legittimante al processo della produzione giuridica. L'idea decisiva sta nel ricondurre il principio democratico all'intreccio che si crea tra principio di discorso e forma giuridica. Quest'intreccio viene da me inteso nei termini di una *genesì logica dei diritti* che si tratta di ricostruire nei suoi passaggi successivi. Si parte dall'applicazione del principio di discorso al diritto tutelante in generale le libertà individuali (cioè al diritto costitutivo della forma giuridica come tale) e si finisce nell'istituzionalizzazione giuridica delle condizioni per l'esercizio discorsivo dell'autonomia politica, cioè dell'autonomia con cui possiamo sviluppare giuridicamente a posteriori un'autonomia privata dapprima posta solo in termini astratti. Per questo il principio democratico può presentarsi solo come nucleo di un *sistema* di diritti. La genesì logica di questi diritti forma un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio *cooriginariamente*.

L'andamento teorico della rappresentazione passa dall'astratto al concreto. Questa concretizzazione è dovuta al fatto che la prospettiva della rappresentazione, inizialmente assunta dallo scienziato e da lui accostata dall'esterno all'oggetto rappresen-

tato, cioè al sistema dei diritti, viene poi da questo oggetto stesso interiorizzata e fatta propria. Il sistema dei diritti deve contenere precisamente quei diritti che i cittadini non possono non riconoscersi mutuamente, se vogliono regolare legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. A questo punto il significato delle espressioni «diritto positivo» e «regolare legittimamente» dovrebbe essere chiaro. Per arrivare al sistema dei diritti abbiamo ancora bisogno del concetto di «forma giuridica», stabilizzante le aspettative di comportamento nella maniera già indicata, e di quel «principio di discorso» alla cui luce possiamo verificare la legittimità delle norme d'azione. Con questi mezzi possiamo introdurre in astratto quelle categorie di diritti che – stabilendo lo statuto dei soggetti giuridici – danno origine allo stesso codice giuridico:

(1) Diritti fondamentali derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo del *diritto alla maggior misura possibile di pari libertà individuali*.

Questi diritti richiedono come correlati necessari:

(2) Diritti fondamentali derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo dello *status di membro associato* nell'ambito d'una volontaria consociazione giuridica.

(3) Diritti fondamentali derivanti dalla *azionabilità* dei diritti e dallo sviluppo politicamente autonomo della *tutela giurisdizionale* individuale.

Queste tre categorie di diritti derivano semplicemente dall'applicazione del principio di discorso al medium giuridico in quanto tale, ossia alle condizioni di conformità giuridica d'una socializzazione orizzontale generalmente intesa. Essi non possono ancora essere intesi come diritti liberali di difesa, giacché a questo punto – *prima* che si sia organizzato come diritto oggettivo quel potere statale dalle cui intromissioni toccherà ai cittadini difendersi – essi regolano soltanto relazioni di cittadini che si sono liberamente consociati. Più precisamente, questi diritti fondamentali si limitano a garantire ai soggetti giuridici la sola autonomia *privata*, in quanto questi soggetti si riconoscono inizialmente nel ruolo di *destinatari* delle leggi e si concedono a vicenda uno statuto per cui possono rivendicare a sé dei diritti facendoli valere l'uno contro l'altro. Solo nel passaggio successivo questi soggetti giuridici acquistano anche il ruolo di *autori* del loro ordinamento giuridico, e lo fanno precisamente tramite:

(4) Diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione ai processi formativi dell'opinione e della volontà: processi in cui i cittadini esercitano la loro *autonomia politica* e attraverso cui producono diritto legittimo.

Quest'ultima categoria di diritti viene riflessivamente applicata ai diritti fondamentali già citati nei punti da (1) a (4), sia per interpretarli in termini di diritto costituzionale sia per svilupparli ulteriormente sul piano politico. Infatti i diritti politici fondano lo statuto dei cittadini liberi ed eguali. Questo statuto è autoreferenziale, in quanto consente loro di modificare la propria posizione giuridica materiale al fine di dare interpretazione e sviluppo all'autonomia privata e pubblica. Così, se poniamo mente anche a quest'ultimo obiettivo, i diritti finora citati *implicheranno*:

(5) Diritti fondamentali alla concessione di quelle condizioni di vita che devono essere garantite – sul piano sociale, tecnico ed ecologico – nella misura necessaria a poter ogni volta utilizzare con pari opportunità, sulla base dei rapporti esistenti, i diritti civili citati nei punti da (1) a (4).

In ciò che segue mi limito a commentare brevemente i quattro diritti di libertà e di partecipazione politica, cioè i diritti che sono fondati assolutamente, dal momento che sui diritti di ripartizione sociale [*Teilhabe*] indicati in (5), cioè sui diritti solo relativamente fondati, intendo tornare più distesamente nell'ultimo capitolo. Traducendo in termini di teoria del discorso la concezione dei diritti fondamentali, mi propongo sia di chiarire il nesso interno tra «diritti dell'uomo» e «sovranità popolare» sia di risolvere il paradosso di una legittimità che nasce dalla legalità.

ad (1) Quando si presentano in forma giuridica, le norme d'azione autorizzano gli attori all'esercizio delle loro libertà individuali. Alla domanda: quali di queste leggi sono legittime? – non si può però rispondere considerando soltanto la *forma* dei diritti individuali. Con l'aiuto del principio di discorso possiamo vedere come a *ciascuno* competa un diritto alla maggior misura possibile di *pari libertà* d'azione individuali. Legittime sono soltanto le regolamentazioni che soddisfano questa condizione di *compatibilità* dei diritti di ciascuno con gli eguali diritti degli altri. Il principio giuridico kantiano coincide con questo diritto universale a libertà eguali; esso stabilisce soltanto che bisogna istituire un codice giuridico che assicuri ai soggetti giuri-

dici la tutela dell'autonomia privata sotto forma di diritti *legittimamente distribuiti*. In realtà questi diritti non bastano da soli a istituzionalizzare completamente il codice giuridico. Questo codice diventa applicabile all'interno d'una determinata comunità giuridica solo se si stabiliscono i limiti dell'appartenenza associativa e i rimedi giuridici azionabili in caso di violazione.

ad (2) A differenza delle regole morali, le regole giuridiche non normano *in generale* tutte le possibili interazioni dei soggetti capaci di linguaggio e d'azione, bensì soltanto i nessi d'interazione d'una società concreta. Ciò deriva già dal concetto di positività del diritto, cioè dalla fattualità della sua produzione e imposizione. Le norme giuridiche risalgono alle decisioni d'un legislatore storicamente determinato, si rivolgono ad un ambito giuridico geograficamente circoscritto e ad un collettivo di consociati giuridici socialmente delimitabile, dunque a un'area di validità particolare. Queste restrizioni nel tempo storico e nello spazio sociale sono già conseguenza del fatto che i soggetti giuridici trasferiscono i loro poteri coercitivi a un'istanza che monopolizza gli strumenti della legittima coercizione, applicandoli all'occorrenza in vece loro. Così ogni monopolio di potere esistente in terra – si trattasse pure di un governo mondiale – resta sempre una grandezza finita, destinata ad essere «provinciale» rispetto al futuro e allo spazio cosmico. L'istituzione d'un codice giuridico ha quindi bisogno di diritti regolanti l'appartenenza dei consociati ad un'associazione *determinata*, consentendo così di distinguere tra membri e non-membri, cittadini e stranieri. Nelle comunità statalmente organizzate questi diritti hanno la forma di diritti di appartenenza statale [*Staatsangehörigkeitsrechten*]. Gli aspetti esterni dell'appartenenza statale, presupponendo il riconoscimento dei singoli Stati alla luce d'un diritto internazionale, non devono interessarci in questo contesto. All'interno invece, lo statuto di appartenenza associativa rappresenta la base per l'iscrizione di quelle posizioni giuridiche materiali che definiscono nel loro insieme il ruolo di cittadino nel senso della sua cittadinanza politica. Dall'applicazione del principio di discorso discende che ciascuno dev'essere protetto dal misconoscimento unilaterale dei suoi diritti di appartenenza, e tuttavia deve godere del diritto di poter rinunciare allo status di appartenente. Il diritto di espatrio implica che l'appartenenza associativa deve sempre poggiare su un atto (almeno implicito) di accettazione da parte dell'associato. Nello stesso tempo l'im-

migrazione – dunque l'allargarsi della comunità giuridica a stranieri desiderosi di acquisire diritti d'appartenenza – richiede una disciplina che risponda all'eguale interesse sia degli associati sia dei richiedenti.

ad (3) L'istituzionalizzazione del codice giuridico richiede infine che siano garantiti i rimedi legali tramite cui ogni persona che si senta offesa nei suoi diritti possa far valere le proprie pretese. Il carattere coercitivo del diritto fa sì che, in caso di conflitto, il diritto vigente debba essere interpretato e applicato con procedimento particolare e in maniera vincolante. Solo avendo libero accesso a tribunali indipendenti ed effettivamente funzionanti, che decidano imparzialmente e autorevolmente i casi di conflitto nel quadro delle leggi, i soggetti giuridici possono mobilitare in facoltà di azione giudiziaria i poteri coercitivi connessi ai loro diritti. Alla luce del principio di discorso diventano allora fondabili dei diritti fondamentali giudiziari, che garantiscono a tutte le persone eguale tutela giurisdizionale, eguale pretesa ad essere ascoltati dal giudice, eguaglianza nell'applicazione del diritto, dunque parità di trattamento davanti alla legge, e così via.

Possiamo dunque affermare, riassumendo, che il diritto a pari libertà d'azione individuali insieme ai suoi due correlati, cioè ai diritti di appartenenza associativa e alle garanzie attinenti ai rimedi legali, stabiliscono nel loro insieme il codice giuridico in quanto tale. In altri termini, non può esserci «diritto legittimo» se non ci sono tali «diritti». Questa istituzionalizzazione del medium giuridico non ha però ancora nulla a che vedere con i noti diritti fondamentali del liberalismo. A prescindere dal fatto che ancora non esiste, a questo livello, un potere organizzato dello Stato contro cui questi diritti di difesa dovrebbero appuntarsi, i diritti fondamentali iscritti nello stesso codice giuridico restano, diciamo così, «insaturi». A seconda delle circostanze, essi devono sempre essere *interpretati* e *sviluppati* dal legislatore politico. Il codice giuridico non può essere stabilito in astratto, bensì soltanto attraverso le circostanze concrete attraverso cui i cittadini – volendo legittimamente regolare col diritto positivo la loro convivenza – si attribuiscono reciprocamente dei diritti *determinati*. Per converso, questi singoli diritti soddisfanno alla funzione d'istituire un codice giuridico solo se interpretabili come esplicitazione delle categorie giuridiche citate prima. In questo senso i classici diritti fondamentali del liberalismo – ri-

vendicanti dignità dell'uomo, libertà, vita e integrità fisica della persona, libertà di residenza e di professione, proprietà, inviolabilità di domicilio, e così via — sono tutti interpretazioni e sviluppi dell'universale diritto alla libertà, nel senso d'un diritto a pari libertà individuali. Analogamente, divieto di estradizione, diritto d'asilo, statuto materiale dei doveri, statuto delle prestazioni statali, cittadinanza politica, e così via, equivalgono a una concretizzazione del generale statuto di appartenenza a una volontaria associazione di consociati. Infine, le garanzie attinenti ai rimedi legali e alla tutela giurisdizionale vengono interpretate da garanzie procedurali e da principi giuridici (come il divieto di retroattività, il divieto di sanzioni ripetute per uno stesso delitto, il divieto dei tribunali speciali, la garanzia dell'indipendenza oggettiva e personale del giudice, eccetera).

Due aspetti vanno tenuti fermi. Da un lato, le prime tre categorie di diritti sono rappresentati insaturi di singoli diritti fondamentali ancora da specificare, dunque, diciamo così, principi giuridici cui il legislatore costituzionale semplicemente si orienta. Dall'altro lato il legislatore — senza per questo veder pregiudicata la sua sovranità — non può non orientarsi a questi principi nella misura in cui si serva del medium giuridico. Questi principi esprimono infatti — come già sottolineato da Hobbes e Rousseau — il senso di razionalizzazione caratterizzante la forma giuridica in quanto tale.

ad (4) Illustrando la genesi dei diritti soltanto nella prospettiva d'uno scienziato della politica, noi abbiamo finora accostato, per così dire dall'esterno, il principio di discorso alla forma giuridica. Il teorico dice ai cittadini quali diritti essi dovrebbero reciprocamente riconoscersi, posto che abbiano deciso di regolare legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo. Ciò spiega la natura astratta delle categorie giuridiche illustrate. Ora dobbiamo invece intraprendere quel «cambio di prospettiva» che è indispensabile se vogliamo che i cittadini possano — da soli e sotto la propria regia — applicare il principio di discorso in prima persona. In quanto *soggetti* giuridici, essi giungono all'autonomia solo a patto d'intendersi e di agire anche come autori di quei diritti cui, come destinatari, vogliono sottomettersi. Naturalmente, in quanto *soggetti giuridici*, essi non sono più liberi di scegliersi un medium qualsiasi per realizzare la loro autonomia. Non possono più, in altre parole, disporre liberamente di quale linguaggio vogliano servirsi. Essendo

soggetti giuridici, il codice giuridico si presenta come l'unico linguaggio prestabilito in cui possono esprimere la loro autonomia. L'idea di autolegislazione deve farsi valere nel medium giuridico stesso. Perciò le condizioni che consentono ai cittadini di giudicare (alla luce del principio di discorso) se il diritto da loro statuito sia diritto legittimo devono poi essere anch'esse giuridicamente garantite. Proprio a questo servono i fondamentali diritti politici di partecipazione ai processi formativi dell'opinione e della volontà legislativa.

Dopo questo cambio di prospettiva, non potremo più fondare dal *nostro punto di vista* gli eguali diritti di comunicazione e di partecipazione. A questo punto saranno i cittadini stessi a riflettere e a decidere, nel ruolo del legislatore costituzionale, quale figura debbano avere i diritti che danno al principio di discorso la forma giuridica del principio democratico. Secondo il principio di discorso, meritano di essere valide soltanto le norme che potrebbero incontrare l'approvazione di tutti i potenziali interessati, nella misura in cui essi partecipino in generale a discorsi razionali. I diritti politici richiesti devono perciò garantire la partecipazione a tutti i processi consultivi e deliberativi rilevanti ai fini legislativi, sì che in questi processi possa entrare in azione — su un piede di parità — la libertà comunicativa di ciascuno nel prendere posizione verso criticabili pretese di validità. Godere d'eguali opportunità nell'uso politico delle libertà comunicative significa istituire una formazione politica dell'opinione e della volontà in cui trovi applicazione il principio discorsivo. Come la libertà comunicativa, prima d'ogni istituzionalizzazione, dipendeva dalle condizioni di un uso linguistico orientato all'intesa, così nella stessa maniera i diritti politici — soprattutto le autorizzazioni all'*uso pubblico* della libertà comunicativa — vengono ora a dipendere dall'istituzionalizzazione di forme comunicative e di procedure discorsive di consultazione e deliberazione. Queste servono a garantire che tutti i risultati conseguiti in maniera formalmente e proceduralmente corretta godano di una presunzione di legittimità. I diritti d'una eguale partecipazione politica derivano dunque da una simmetrica giuridificazione della libertà comunicativa di tutti i consociati. A sua volta questa giuridificazione *presuppone* quel tipo di formazione discorsiva dell'opinione e della volontà che rende possibile esercitare l'autonomia politica tramite diritti politici.

Se s'introduce in questo modo il sistema dei diritti, allora diventa comprensibile non solo l'implicazione che lega la sovranità popolare ai diritti umani, ma anche la cooriginarietà di autonomia politica e autonomia privata. Né la sfera dell'autonomia politica dei cittadini viene preventivamente ristretta da diritti naturali o morali che aspettino solo d'essere messi in vigore, né l'autonomia privata del singolo individuo diventa strumentalizzabile agli obiettivi della sovranità popolare. Due cose soltanto la prassi di autodeterminazione dei cittadini si trova come prefissate: il principio di discorso da un lato (principio che già appartiene in generale alle condizioni della socializzazione comunicativa) e il medium giuridico dall'altro. Se, tramite pari diritti comunicativi e partecipativi, noi vogliamo implementare nelle procedure legislative il principio di discorso come principio democratico, allora non possiamo far altro che servirci del medium giuridico. Certo, il semplice stabilimento del codice giuridico già presuppone diritti di libertà generanti lo status dei soggetti giuridici e tutelanti la loro integrità. Ma questi diritti sono soltanto condizioni necessarie a rendere possibile l'esercizio dell'autonomia politica. Come condizioni possibilizzanti essi non possono mai restringere la sovranità del legislatore (sebbene per un altro verso essi non stiano a sua disposizione). Condizioni possibilizzanti non possono imporre restrizioni a ciò che costituiscono.

Né il principio di discorso né la mera conformità giuridica dei rapporti d'interazione sono — presi isolatamente — elementi sufficienti a fondare un qualsiasi diritto. Il principio di discorso può assumere, attraverso il medium giuridico, la forma di principio democratico solo in quanto principio di discorso e medium giuridico s'intrecciano l'uno con l'altro. Solo così essi danno forma a quel compiuto sistema dei diritti che mette in rapporto di presupposizione reciproca autonomia privata e autonomia pubblica. Per converso, ogni esercizio di autonomia politica presuppone che un legislatore storicamente concreto abbia dato interpretazione e sviluppo a tali diritti, che sono in linea di principio insaturi. Ciò vale anche per i diritti politici fondamentali esercitati in questo processo. Il principio generale per cui ogni potere dello Stato deriva dal popolo dovrà così specificarsi, a seconda delle circostanze, sotto forma di libertà d'opinione e d'informazione, di dimostrazione e associazione, di fede, religione e coscienza, così come sotto forma di partecipazio-

ne alle votazioni ed elezioni politiche, all'attività di partito, all'impegno nei movimenti civili, e così via. Negli atti costituenti di un'interpretazione giuridicamente vincolante del sistema dei diritti, i cittadini fanno uso originario di un'autonomia politica che qui si costituisce in maniera performativamente autoreferenziale. Perciò i cataloghi dei diritti dell'uomo e del cittadino posti in apertura delle varie costituzioni storiche possono essere intesi come letture diverse — in quanto muovono da contesti diversi — d'uno stesso sistema dei diritti.

Tuttavia questo sistema dei diritti non è prescritto ai padri costituenti come un diritto di natura. Solo tramite una determinata interpretazione costituzionale questi diritti giungono in generale alla coscienza. Più precisamente, interpretando il sistema dei diritti a partire dall'angolo visuale della loro situazione, i cittadini non fanno altro che esplicitare il senso dell'impresa che li coinvolge dal primo momento in cui decisero di regolare legittimamente con il diritto la loro convivenza. Tale impresa presuppone soltanto un'intuitiva concezione del principio di discorso nonché il concetto di forma giuridica. Parlando quindi «del» sistema dei diritti noi vogliamo alludere, nella migliore delle ipotesi, a ciò su cui concordano le diverse esplicazioni delle diverse autocomprensioni di questa prassi. A posteriori, anche la «nostra» presentazione teorica «in abstracto» dei diritti fondamentali si rivela come un semplice espediente. Nessuno può presumere di cogliere il sistema dei diritti in una prospettiva di prima persona singolare, prescindendo cioè dalle interpretazioni già disponibili sul piano storico. Non esiste «il» sistema dei diritti sul piano della purezza trascendentale. Tuttavia, più di due secoli di sviluppo costituzionale europeo ci forniscono ormai un numero sufficiente di modelli. Essi possono guidarci a una ricostruzione generalizzante delle intuizioni su cui poggia la prassi intersoggettiva di un'autolegislazione intrapresa con strumenti di diritto positivo. Suggellando spesso rivoluzioni politiche vittoriose, le fondazioni costituzionali danno a volte l'impressione di voler «ratificare» norme statiche, sottratte al tempo e resistenti al mutamento storico. Nel quadro dello Stato di diritto rientra certamente anche la priorità delle leggi costituzionali rispetto alle leggi ordinarie: ma ciò significa soltanto che i contenuti delle norme costituzionali sono relativamente fissati. Come vedremo più avanti, ogni costituzione è un progetto vivente che può durare nel tempo solo configurandosi co-

me un'interpretazione sviluppata ininterrottamente su tutti i piani della produzione giuridica.

Garantendo in egual misura sia l'autonomia privata sia l'autonomia pubblica, il sistema dei diritti operazionalizza quella tensione di fattualità e validità da noi già incontrata come tensione tra positività e legittimità del diritto. I due momenti si collegano nella mutua coniugazione di forma giuridica e principio di discorso, nonché in quell'incipite testa di Giano che il diritto rivolge per un verso ai suoi destinatari per l'altro verso ai suoi autori. Da un lato il sistema dei diritti scatena l'arbitrio egoistico di soggetti individualmente orientati al successo, incanalando tale arbitrio in leggi coercitive che rendono tra loro compatibili eguali libertà d'azione. Dall'altro lato, nella prassi legislativa, il sistema dei diritti mobilita e raccoglie le libertà comunicative di cittadini presuntivamente orientati al bene comune. Qui vediamo di nuovo accendersi la tensione di fattualità e validità: soprattutto per il fatto (a prima vista paradossale) che i diritti politici fondamentali devono istituzionalizzare l'uso pubblico delle libertà comunicative *in forma di* diritti individuali. Il codice giuridico non lascia altra scelta: anche i diritti comunicativi e partecipativi devono essere formulati in un linguaggio che rimandi sempre alla libera scelta dei soggetti giuridici la decisione se sia il caso di farne uso (e, se sì, in che modo). Viene cioè lasciato all'arbitrio dei destinatari il decidere se essi vogliano o meno – esercitando pubblicamente la loro libertà comunicativa – attivare in quanto autori la loro libera volontà, e intraprendere così il cambio di prospettiva che li conduce da un utilizzo (orientato al successo) dei loro interessi egoistici a un'intesa passante per norme universalmente approvabili.

Questa differenza noi la perdiamo di vista se ci limitiamo a un'analisi semantica dei diritti. Se a una certa persona spetta un certo diritto, quella persona avrà una corrispondente pretesa su qualcosa e potrà farla valere nei confronti di altri soggetti. Su questo piano analitico si possono distinguere i diritti negativi dai diritti positivi, ma non si coglie ancora l'elemento specifico della forma giuridica³⁹. Solo sul piano pragmatico vengono in luce gli aspetti della legalità da noi analizzati in riferimento ai

³⁹ Sull'analisi semantica dei concetti giuridici cfr. H.J. Koch, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt-Main 1977, p. 29 sgg.

concetti kantiani di libertà d'arbitrio, rapporto esterno e potere coercitivo. Questi aspetti ci fanno vedere con chiarezza il rapporto ambivalente che i titolari dei diritti e i beneficiari delle libertà hanno con l'uso pubblico delle libertà comunicative. Si tratta di posizioni soggettive attive che *devono* poter essere prese *anche* «at face value» [al loro valore dichiarato], ossia essere intese come mera concessione di libertà individuali. A differenza della morale, il diritto non può mai *obbligare* [*verpflichten*] quelli che esercitano i diritti individuali ad orientarsi all'intesa, sebbene i diritti politici dei cittadini *invitino* [*ansinnen*] proprio a un uso pubblico di questo tipo. Naturalmente anche quest'ambiguità non manca di un suo felice sottinteso normativo⁴⁰.

Che la legittimità nasca dalla legalità appare come un paradosso solo se noi presupponiamo che il sistema giuridico debba configurarsi come un processo circolare ricorsivo, che si autolegittimi *da solo* in maniera retroattiva. Ciò è già smentito dal fatto che le istituzioni giuridiche della libertà si sfaldano senza le iniziative d'una popolazione *già abituata* alla libertà. La spontaneità di queste iniziative non può essere ottenuta dal diritto per via coercitiva; essa si rigenera a partire da tradizioni liberali e trova sostegno nei rapporti associativi d'una cultura politica liberale. Nella realtà si può tuttavia provvedere; con opportune direttive giuridiche, affinché i costi delle virtù civiche richieste [*angesonnenen*] restino sempre bassi e anzi riscotibili in valuta spicciola. Concependo il sistema dei diritti nella prospettiva della teoria del discorso, diventa possibile affrontare entrambi gli aspetti. Per un verso l'onere della legittimazione si sposta dalle qualificazioni civiche dei cittadini ai procedimenti – giuridicamente istituzionalizzati – della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà. Per un altro verso, la giuridificazione della libertà comunicativa significa anche che il diritto deve attingere a fonti di legittimazione sottratte al suo potere di disposizione.

⁴⁰ Nonostante le conclusioni difficilmente condivisibili, ciò rappresenta anche il nucleo valido dell'argomentazione di A. Wellmer, *Models of Freedom in the Modern World*, «The Philosophical Forum», XXI, 1989-1990, pp. 227-252.