

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
SCUOLA DI CULTURA COSTITUZIONALE

I presupposti della democrazia

Lezione
del 5 febbraio 2010
di

Gianni Ferrara

Il tema assegnatomi con estrema - e spero non del tutto mal posta - fiducia dalla professoressa Carlassare è impegnativo al massimo. Suppone intanto che della democrazia sussista una pluralità di presupposti. Non uno solo. Il che già implica una ipotesi di trattazione che somiglia molto ad una impostazione se non già ad una constatazione. Ipotesi, trattazione, impostazione, concernente, ciascuna, dati riconducibili o non ad una sola radice, ad una omogeneità di elementi, fattori, condizioni? È una prima domanda dalle risposte non semplici, come si vedrà.

Provo ad eseguire il compito assegnatomi ritenendo necessario innanzitutto porre la questione della democrazia come il problema storico della convivenza umana. Il problema, cioè, di un nome, una definizione, un concetto, un modo reale di essere della vita associata che ha impiegato, salvo i due secoli della *politìa* ateniese, non ininterrotti peraltro, due millenni e quattro o cinque secoli a immergere qualche tratto essenziale di sé nel vissuto delle donne e degli uomini del pianeta.

Ma dire problema storico della convivenza umana significa, a mio giudizio, qualcosa di più, anche se è opinione meno condivisa dai più, siano essi filosofi e teorici della politica, politologi, costituzionalisti, storici. Dire che quello della democrazia è il problema storico della convivenza umana, significa dire che è storica, sempre storica la configurazione della democrazia di cui può trattarsi. Non solo perché è storicamente determinata nella sua specificità ogni configurazione di tale forma di stato e/o di governo, tanto più che può attraversare non poche modifiche (per Atene, Aristotele ne descrisse undici¹) ma perché non si può, scientificamente, parlare di “democrazia compiuta”, tanto meno teorizzarla. Usare questa espressione è pretendere di idealizzare una sua determinata realizzazione. Comporta elevare a modello una particolare esperienza, la cui scelta non può che risultare operata sulla base di una opzione ideologica, quella che privilegia la

¹ *La Costituzione degli ateniesi. passim.*

forma di stato realizzata in quasi tutti i Paesi dell'Occidente alla fine del secolo scorso, la così-detta democrazia dell'alternanza, dell'oscillazione dell'indirizzo politico di uno stato tra due tendenze, due schieramenti, opzioni, ma sullo stesso asse, sull'immutabilità sostanziale dell'esistente.

Immaginare, prospettare altri modelli, confrontandoli a quella sola che si è ritenuto di scegliere e negarne, a priori, la legittimità finisce col diventare arbitrario. Credere al compimento già avvenuto della democrazia significa soprattutto negare possibili evoluzioni di esperienze e anche di modelli verso obiettivi più intensi, più alti delle ragioni indefettibili di tale forma di stato, le ragioni, cioè, della libertà e dell'eguaglianza. È perciò, che, per cogliere della democrazia le conquiste raggiunte e per non piegare ai limiti di una definizione, alle dimensioni di un certo stadio, le potenzialità iscritte nel suo Dna, tratterò il tema della democrazia come processo storico del problema storico della convivenza umana. Conseguentemente i presupposti della democrazia saranno individuati e considerati come fattori propulsivi dello sviluppo che tale forma di aggregazione umana può assicurare a se stessa e, senza esclusioni e senza discriminazioni, a ciascuno degli individui che compongono una pluralità organizzata a democrazia.

Era già stato concepito questo modo di essere della convivenza umana, era già noto cinquecento trenta, cinquecento venti anni prima dell'era cristiana se Otane² ne descriveva così chiaramente l'andamento, le forme, i modi della sua dinamica, ne esaltava il principio fondante, celebrava il fascino del suo nome, l'*isonomia*. Non era tuttavia sufficiente la prospettiva dell'eguaglianza di fronte alla legge a convincere i popoli a liberarsi del dominio dei monarchi e degli oligarchi. Platone, ritenendo necessaria la formazione contestuale della città e delle varie sue magistrature e constatando che gli ordinamenti delle città basati sulla violenza e non sul consenso avevano vita breve, anticipava sia il principio della divisione del potere, sia il contratto sociale come fondamento di una comunità di tipo statale³. Dalla filosofia greca all'illuminismo⁴ si può dire che non ci sia stato pensatore di qualche rilievo che non abbia contribuito a fornire apporti rilevanti alla teoria della, e sulla, democrazia. Non mancavano, quindi, idee, progetti, elaborazioni culturali utilizzabili per l'affermazione della democrazia. Non mancava certo la sicura descrizione di una forma effettiva, vissuta di democrazia. Si pensi all'Epitafio di Pericle per i caduti nel primo anno della guerra del Peloponneso⁵. Si pensi alla seconda parte della Costituzione degli ateniesi di Aristotele che descrive le istituzioni della democrazia del IV secolo, esattamente quelle dell'undicesimo ed ultimo stadio delle modifiche introdotte da Clistene in poi e che, per ottanta anni,

² Erodoto, *Istorie*, tr. it. di P. Sgroi, Napoli, 1947, III, pp. 80-83.

³ *Repubblica*, VIII, 557a, Id., *Leggi*, IV, 715b.

⁴ Una rassegna riassuntiva delle teorie e delle ideologie costitutive del costituzionalismo e, quindi, della democrazia è contenuta in G. Ferrara, *La Costituzione Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

⁵ Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, II, 34 e ss, spec. 37-39.

caratterizzarono la *politìa* ateniese dal 403 all'epoca in cui scriveva lo stesso Aristotele.⁶ Cosa mancava a quella forma di governo per essere mutuata, riprodotta, pur con gli adattamenti imposti dalle specifiche particolarità locali, per espandersi sia nello spazio che nel tempo? Non certo la pienezza del potere popolare, visto che secondo Aristotele “... il regime attuale concede sempre maggior potere al popolo ...[che] si è reso arbitro di tutto e tutto si decide mediante decreti e tribunali in cui ... predomina”⁷. Non l'attiva partecipazione del *demos* alla dinamica della democrazia e già alla sua nascita, visto che la si ebbe grazie alla *phylai* di Clistene col *demos*, *phylai* che consentì la riorganizzazione dei *demoi* e la partecipazione della totalità dei *politai* sia alla decisione con cui si pervenne alla riforma clistenica sia alla sua applicazione⁸. Applicazione che consentì l'eguale accesso dei cittadini alle cariche pubbliche che implicavano responsabilità, controlli, le *eutunai*, sul corretto esercizio delle funzioni svolte.⁹ Non mancò neanche la sensibilità della democrazia ateniese per i bisogni dei suoi cittadini dal momento in cui Pericle inaugura la sua politica sociale delle indennità pubbliche, cioè delle ricompense in danaro pubblico per l'esercizio di una funzione pubblica, come quella di giurato, di consigliere, di magistrato e di militare.¹⁰ Una politica, questa che supponeva e mirava alla massima partecipazione dei cittadini alla vita pubblica. Partecipazione ampia e quanto mai attiva, profondamente sentita. Lo dimostra la rivolta del *demos* con l'assedio vittorioso dell'Acropoli dove si erano rifugiati Isagora e Cleomene, a seguito del rifiuto della boula di sciogliersi, come imposto appunto dalla coppia dello sconfitto da Clistene e del suo protettore spartano, scioglimento che preludeva alla liquidazione della riforma clistenica¹¹. Non mancò, infine, l'articolazione del *demos* in partiti politici¹², figure soggettive quanto mai necessarie ad ogni democrazia in quanto corrispondono alle differenze di classe, alle specificità ed alle solidarietà che caratterizzano ogni aggregazione umana. Aveva anche due caratteri in più, la democrazia ateniese, uno la avrebbe condotta alla fine, l'altro ne avrebbe incrinata la credibilità privandola della forza necessaria ad affermarsi ed a diffondersi. Era infatti una democrazia imperialista e schiavista. Scrisse Aristotele che “Finché le sorti della guerra erano incerte gli ateniesi conservarono la democrazia. Ma quando, dopo la catastrofe di Sicilia, la situazione dei Lacedemoni si consolidò, a causa dell'alleanza col Gran Re, furono costretti cambiare la democrazia e formare il governo dei Quattrocento pensando che il re si sarebbe alleato con loro più volentieri se essi avessero affidato il governo ad un'oligarchia...”¹³

⁶ Cfr. D. Musti, *Demokratia Origine di un'idea*, Bari, 1995, 176.

⁷ Aristotele, *La Costituzione degli ateniesi*, XLI

⁸ Cfr. Musti, *op.cit.*, 81 e ss., G. Camassa, *Atene La costruzione della democrazia*, Roma, 2007, 53 e ss., 59 e ss.

⁹ Musti, *op. cit.*, 73 e ss.

¹⁰ Musti, *op. cit.*, 77

¹¹ Camassa, *op. cit.*, 71 e ss.

¹² Musti, *op. cit.*, 188 e ss., 191 e ss.

¹³ *La Cost. degli aten. cit.*, XXIX.

Un'alleanza in cambio dell'*isonomia*? Fu questa la scelta, tragica e vile, che avviò una serie di ulteriori restrizioni dei poteri popolari. Suonò come sanzione all'imperialismo, al regime così incline a muovere guerra e a colonizzare. Ma è l'altro carattere della *politìa* del V e del IV secolo che viene in discussione a questo punto. Era stata davvero un'*isonomia*? Chi erano gli *isoi*? Lo erano, anzi con Solone, lo divennero i cittadini liberi. Tanti, sì. Ma essi soltanto. La stessa democrazia di Pericle, pur intrisa di socialità, era "pur sempre una democrazia proprietaria"¹⁴. Era anche schiavista. Solone ebbe il merito di abolire la schiavitù per debiti. La schiavitù, quindi, c'era. E rimase. Non essendoci pervenute notizie della sua abolizione. Aristotele, infatti, considera lo schiavo come "un essere che per natura non appartiene a se stesso ma a un altro, pur essendo uomo, questo è per natura schiavo ..." ¹⁵. "Per natura ... per natura ...". Ricorre due volte nello stesso periodo il riferimento alla natura e non è un'iterazione retorica. Indica un'ablazione ed uno status, la contraddizione tra essenza umana ed estraniamento dalla specie umana. La si imputa alla "natura" falsificandola col rispecchiare in essa la conformazione della democrazia ateniese.

Non sto demolendo un modello, non intendo dissolvere un mito. Sto solo indicando i limiti primigeni della democrazia, quelli che essa rivelava ai suoi alberi.¹⁶

La grandiosa e millenaria storia della politica e del diritto di Roma antica non recò alla democrazia contributi decisivi e neanche rilevanti. La ragione è tutta nella "moderazione" dell'azione rivoluzionaria gracchiana. C'è stato anzi chi, con la grande autorità che gli derivava dall'opera sua maggiore, quella dei quattro volumi della "Storia della Costituzione romana" nega che i Gracchi abbiano "mirato ad una vera e propria rivoluzione della società lasciando immutata la sua base schiavistica"¹⁷. Il che è come constatare l'impossibilità storica che si potesse, nella lunga stagione della lotta di classe a Roma, pervenire a risultati propizi per la democrazia. Ne conseguono dubbi sulla utilizzabilità di istituti del diritto pubblico romano, come il tribunato, per integrare, ad esempio, la democrazia rappresentativa ed è improbabile l'influenza effettiva dell'esperienza giuridica romana sulle teorie e le politiche della democrazia moderna¹⁸. Se è vero che, come del resto ogni altra forma di governo che non sia l'assolutismo totalitario, la democrazia ha bisogno del diritto perché senza regole non c'è stabilità e neanche certezza nei rapporti interindividuali, non è vero invece che il diritto come tale produca democrazia avendone bisogno per potersi affermare. La lotta per il diritto

¹⁴ Musti, *op. cit.*, 187.

¹⁵ *Politica*, 1254a 14-18 in *Opere*, 9, Bari, 1973, 10.

¹⁶ Per un giudizio analogo cfr. F. De Martino, *Le idee costituzionali dell'antichità classica e la nostra Costituzione*, ora in *Diritto, Economia, e Società nel mondo romano*, IV Scritti recenti, Antiqua, 75, Napoli, 2003, 55.

¹⁷ De Martino, *op. cit.*, 72.

¹⁸ Lo sostengono, invece, autorevoli storici del diritto come P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino, 1971, Id., *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.

si concilia mirabilmente con quella per la democrazia a condizione però che ne coincidano i contenuti ed i fini. Una coincidenza, questa, raggiunta solo con la modernità, anzi, nella contemporaneità, come si vedrà in prosieguo. La democrazia, tuttavia, ha un debito enorme nei confronti del diritto romano. Gli è debitrice dell'individualismo¹⁹, del genoma dei diritti soggettivi.

Se dai secoli della civilizzazione realizzata dalla produzione ed alla espansione del diritto romano non derivarono indicazioni decisive sui presupposti della democrazia, un contributo significativo alla individuazione di tali presupposti fu offerto invece dai teorici espressi dalla stagione medievale dei Comuni. Un'esperienza breve, di importanza storica di grande rilevanza per aver liquidato nel nord dell'Italia l'economia feudale, risoltasi poi nella sicura ed evidente regressione politica che a quella stagione opposero le Signorie ed i Principati. Il significato ideale e politico dei Comuni non deve essere tuttavia sottaciuto. Intanto perché la forma repubblicana delle città che si costituirono in Comuni si opponeva clamorosamente a quella monarchica delle due entità sovrastanti, l'Impero ed il Papato. Poi perché i loro statuti ripetevano la loro legittimità dalle autonomie affermatasi col costituirsi delle città-repubbliche. Infine perché crearono il clima culturale per le elaborazioni dottrinali di Marsilio. Quelle che concernono la distinzione tra il legislatore ed il governante, imponendo a questo di conformarsi alla volontà del legislatore. Quelle che conducono all'affermazione che il legislatore o la causa prima della legge è il popolo, o l'intero corpo dei cittadini o la sua *pars valentior* mediante l'elezione o la volontà espressa nell'assemblea generale dei cittadini.²⁰ Era il prodromo della sovranità popolare. Ma nei Comuni non vigevo la sovranità popolare. Certo, il principio cui si ispiravano i loro statuti era quello dell'elettività delle cariche. Ma il suffragio era riservato ai capifamiglia di sesso maschile se proprietari di beni tassabili, se nativi o residenti stabili.²¹ I comuni, insomma, si diedero una forma repubblicana di governo, ma di una repubblica patriarcale e censitaria.

Si intravedono già, si stanno profilando, a questo punto, i presupposti fondamentali della democrazia. Li si può certamente immaginare. È l'eguaglianza nei diritti. Otane nell'indicarlo nell'*isonomia* aveva ragione. Gliela riconobbero ventitre secoli dopo che la aveva proposta ed esaltata le due Rivoluzioni di fine Settecento. Era la verità, di per sé evidente, che Jefferson intestava alla Dichiarazione di Indipendenza e che ciascuna colonia inglese d'Oltre Atlantico

¹⁹ Cfr. F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, XVI, 1941, 1-51 ora in Id., *Individualismo etc, Diritto, Economia e Società*, cit. 443-495: è il famoso saggio con cui l'A. polemizzò, in pieno fascismo, con la scelta del Terzo Reich di sopprimere le cattedre e quindi lo studio del diritto romano nelle Università tedesche.

²⁰ *Il difensore della pace*, I, c. XII, 3, tr. a cura di C. Vasoli, Torino, 1960.

²¹ Q. Skinner, *Le città-repubblica italiane*, in J. Dunn a cura di) C. a *La democrazia Storia di un'idea politica da IV secolo a. C. a oggi*, Venezia, 1995, 88.

sanciva nel suo *“Bill of Rights”* per diventare stato e riscattarsi dal dominio della Corona britannica, anche se per essere *by nature equally free and independent* l'essere umano doveva essere maschio, bianco e possidente. Era quel che i rappresentanti del Popolo Francese costituitisi in Assemblea nazionale avevano deciso che fosse sancito in una Dichiarazione solenne sui “diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo” che al suo primo articolo proclamava che “Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti.”

Eguaglianza nei diritti, diritti eguali. Su queste parole, su ciascuna di esse e sulle loro relazioni, sui denotati che evocano e che si traggono o si immaginano, che si crede, si spera o si teme, si vuole o si nega che indichino, comprendano, pretendano, impongano, da quelle due estati del 1776 e del 1789 sono state scritte, come si dice, tante pagine da riempire immense biblioteche. Ma se non su di esse su quali altre si poteva meditare, a quali altre credere, per quali altre lottare? Sono parole che attengono alla condizione, alla vita, alla stessa essenza umana. Sono parole che segnano il senso della presenza umana sul pianeta. Da esse e su di esse si sono costruite teorie ed ideologie, movimenti politici nazionali e mondiali, hanno tratto ispirazione diversi ed opposti ordinamenti giuridici, si è fatta la storia delle conquiste e delle sconfitte della specie umana per i due secoli e più che ci separano da quando il costituzionalismo le assunse come proprie, immedesimandosi in esse.

Sono parole che hanno tanto tardato a diventare credibili assumendo qualche significato percepibile in un mondo di ineguali e di oppressi, quale quello in cui la specie umana è vissuta per millenni. Un mondo che è rimasto ancora terribilmente lo stesso per tanta parte dell'umanità, soprattutto per quel miliardo e duecentomila persone, che nei grandi spazi del sottosviluppo ed anche nelle ultime fasce dei Paesi industrializzati, vive al di sotto della soglia della sopravvivenza, ha fame ed ha sete. È quella parte del pianeta in cui muore un bambino ogni cinque secondi.

Ma - si diceva all'inizio - la democrazia è un dato storicamente determinato, è un processo che storicamente si dispiega, pur con pause e regressioni, anche lunghe ma mai definitive. Si dispiega, appunto, riconoscendo, sviluppando, diffondendo diritti, e con essi eguaglianza e libertà. Non la libertà astratta dei filosofi, ma quelle concrete e specifiche dei giuristi²² perché incorporate in diritti determinati e catalogati, non solo l'eguaglianza formale, ma anche quella sostanziale cui hanno mirato alcuni Paesi nel secolo scorso e traducendola non solo in principi dell'ordinamento ed in obiettivi da raggiungere, ma in diritti a prestazioni, a contenuti dei rapporti, a limiti all'esercizio di diritti che, strutturalmente, non sono universali, ma esclusivi di alcuni ed escludenti tutti gli altri. Un binomio, quello diritti-eguaglianza che, per una parte dell'umanità, diversa da quella degli affamati ed assetati, ma che conta milioni di donne e di uomini, qualche significato

²² Insiste giustamente sulla distinzione tra la libertà, al singolare, dei filosofi e quelle al plurale dei giuristi P. Calamandrei *Costituente e questione sociale*, (1945) in Id., *Scritti e discorsi politici*, (a cura di N. Bobbio), Firenze, 1966, v. I t. I, 146.

lo ha assunto. Lo ha assunto in Occidente, dalla fine del diciottesimo secolo, anche se in diversa misura, estensione, contenuto. Lo ha assunto, nella seconda metà del secolo scorso, nell'Oriente estremo e nel subcontinente indiano, in forme anche autonome ma non distanti da quelle europee e da quelle nordamericane.

In tal modo, impregnandosi di vissuto umano sentito e verificabile, il binomio diritti-eguaglianza, non nella sua assolutezza, ma nella sua relativa e riconosciuta concretezza, ha configurato una convivenza stabilizzatasi come forma di stato. In quanto tale, ha assunto un significato precettivo, giuridicamente vincolante. Che può anche sopportare contenuti relativamente recessivi, se i diritti si comprimono, le libertà si contraggono e l'eguaglianza si riduce. A condizione però che restino garantiti i contenuti essenziali dei diritti, le libertà fondamentali, e, dell'eguaglianza, almeno l'efficacia formale. Comunque a che cosa si deve l'affermazione storica, pur graduale, della democrazia, ma stabile, e via, via estensiva, verificatesi nell'età contemporanea?

È la risposta a questa domanda che può individuare, con provata dimostrazione, i presupposti della democrazia. Sarà però necessario trarre dal binomio diritti-eguaglianza, e dalle prosecuzioni ideali e materiali di ciascun termine del binomio, i corollari, i risultati, gli effetti che, combinandosi, hanno avuto²³. Si constaterà allora che, pur tra tante contraddizioni e tutte le remore che hanno le loro radici nei rapporti sociali sottostanti, la democrazia contemporanea mira ad usare i diritti come garanzia di ciascuno, e l'eguaglianza come potere di tutti, perciò senza relegare i diritti entro una sola delle dimensioni della realtà relazionale, quella pubblica, ma in quella privata; senza resecare la titolarità plurale del potere di tutti attribuendolo intero ad una parte sola degli uguali.

Sono le tappe ideali e fattuali di questi processi derivativi delle implicazioni dal binomio diritti-eguaglianza che rilevano. Si pensi ai diritti di libertà. Ciascuno di essi si sostanzia, per ogni individuo della specie, nella disponibilità del proprio corpo e delle sue proiezioni esterne, dell'interesse a se stesso, nel potere di volere per se stesso o anche per altri, a scelta propria e reciproca. Disponibilità e proiezioni esclusive, col solo limite delle pari disponibilità e pari proiezioni di ciascun altro dei consociati.²⁴ E non più per concessione, elargizione, autorizzazione, od ordine di altri. Di chiunque altro investito o meno che sia di potestà derivata da investitura terrena o divina. Ma in base ad un'autonomia riconosciuta al singolo, ad ogni singolo, in via primaria, fondamentale, costitutiva dell'aggregazione umana. Si incontra a questo punto un corollario dell'altro termine del binomio, l'eguaglianza.

²³ Resta fondamentale, in teoria generale, sull'essenza, le determinazioni, le combinazioni, le derivazioni e le prosecuzioni delle situazioni giuridiche soggettive dell'età contemporanea il saggio di G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949.

²⁴sulle libertà rinvio, tra i tanti, ad A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Torino, I, Parte gen. 2003, II, Parte spec., 1995.

L'eguaglianza, all'interno di un'aggregazione umana, non ammette dominio, autorità, potere, soggezione, qualunque possa esserne l'origine, anche, quindi, se tradizionale, anche se divina. È storicamente certo che, in tutti gli stati del mondo, la democrazia, per avviarsi, dovette strappare la sovranità ai monarchi. È anche certo che l'effetto di questa espropriazione sia apparso come rovesciamento totale di un potere compatto, generale, assoluto e via via limitato attraverso sottrazioni parziali di quote della sua interezza. È egualmente certo che la dottrina democratica da sempre, auspicando e teorizzando questa sottrazione, ha denominato il suo effetto come sovranità popolare. È soprattutto vero che mutando il titolare di tale potere, proprio a causa del mutamento della composizione strutturale di tale titolare, è mutata la configurazione, la struttura della entità espropriata. L'espropriante ha riversato sulla sovranità la forza dirompente della sua composizione plurale. A titolare plurale corrisponde una potestà pluralizzata.

Pluralizzata ma inalienabile e indivisibile: Rousseau²⁵ aveva ragione. Alienarla comporterebbe la soppressione del fondamento dell'eguaglianza. Ogni diritto perderebbe la sua legittimazione non trovando più la fonte di produzione che dopo averlo prodotto ne garantisce la validità protraendola. Non trovandolo più per l'eliminazione storicamente realizzata, una volta e per sempre, di ogni altra autorità legittima che non sia quella stessa della aggregazione dei liberi e degli eguali. Dividerla comporterebbe o la rottura dell'aggregazione dei liberi e degli eguali come tale, pur possibile ma sicuramente catastrofica o l'appropriazione a favore di una sola parte, pur se maggioritaria, della intera potestà e quindi l'espropriazione della minoranza di una potestà che se non è comune è illegittima. Altra cosa è invece la rappresentanza dell'intera pluralità organizzata a stato non per farle assumere la potestà intera spettante all'intera pluralità, ma per dotarla di "commissari" (è il termine di Rousseau) cui affidare il dispiegamento legislativo dei principi fondativi e dei fini supremi della pluralità umana organizzata a stato ed alla gestione dei suoi affari contingenti, ordinari, quotidiani.

L'eguaglianza quindi come fondamento degli stessi diritti perché li riconosce come pertinenti, necessari, identificanti sia i singoli membri dell'aggregazione umana sia l'intera, specifica aggregazione. Queste considerazioni valgono anche per i diritti pubblici diversi da quelli di libertà, come quelli che un'augusta dottrina riferiva allo *status civitatis* ed allo *status activae civitatis*²⁶. Valgono pure per i diritti privati, perché integrano l'autonomia dei singoli, quella autonomia che, in qualche riga precedente, è emersa come primaria, fondamentale, costitutiva della stessa aggregazione umana.

²⁵ *Il contratto sociale*, tr. it. di V. Gerratana, con introduzione di R. Derathé, Torino, 1975, II, I,II. 37 e s., 39 e ss.,

²⁶ W. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, (tr. con note di G. Vitagliano, con prefazione di V.E. Orlando) Milano, 1912, 127 e ss., 151 e ss., ma per la contemporaneità, problemi e dottrina v. F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovra-statali di civiltà*, Torino, 2000.

Valendo per i rapporti privati, valgono per quel che per i rapporti privati è il diritto soggettivo per antonomasia, la libertà fondativa del loro regime giuridico, quella di contratto. Che si collega all'altro diritto per eccellenza che, secondo Locke, è la ragione di ogni diritto e dello stato, il diritto di proprietà. Questi due diritti e la loro combinazione si sono posti come conquiste grandiose della rivoluzione borghese la cui vittoria ha segnato e segna la storia mondiale dell'età contemporanea. Hanno costituito e costituiscono il fondamento ed il fattore propulsivo dell'economia contemporanea, quella cui sono sottoposti i liberi e gli eguali nell'età del capitalismo, del quale si pongono, infatti, come condizioni indefettibili. Un grande scienziato del diritto del secolo scorso ha descritto la società contemporanea come quella di un mondo di «solo soggetti giuridici, solo «persone». Un mondo che «considera queste persone come libere senza alcuna eccezione. Ognuno è obbligato solo a ciò cui sia esso stesso obbligato con libera decisione. Tutto il mondo giuridico è concepito come una rete di reciproche obbligazioni liberamente assunte, di liberi contratti, come un solo grande mercato, su cui tutto può diventare merce»²⁷.

La primazia del soggetto giuridico, astratto dalla sua condizione sociale, economica, culturale è garantita. La libertà di contrarre è piena, non incontra altri limiti che quelli dell'ordine pubblico. L'eguaglianza formale dei contraenti identifica come tale il contratto. Va aggiunto un requisito. Il Code Napoleon, monumento ineguagliato di sapienza giuridica offerta alla proprietà privata, e tutti gli altri codici di diritto civile che lo hanno assunto come modello e ne proseguono la funzione nell'economia mondiale, attribuì ai contratti, per i contraenti, la forza di legge. Non è che gli ordinamenti giuridici precedenti non determinassero vincoli per le obbligazioni pattuite. È l'effetto dell'equiparazione dei vincoli contrattuali a quelli derivanti da una legge nel simbolico collettivo che rileva come produttore di cultura civica, di senso comune, di concezione del mondo. Se la legge è espressiva della sovranità, disporre della sua forza equivale a sentirsi sovrano sia nel contrarre sia per gli effetti derivanti dall'aver stipulato un contratto. Non è poco. È l'aver esteso una potestà quanto mai pubblica ad un atto tipicamente privato, ad un agire da privato, nel quotidiano, un numero incalcolabile di volte, sempre che ci si accorda con altro o altri per costituire, regolare, estinguere un rapporto giuridico patrimoniale. Questo agire individuale, nell'ambito privato, ma con effetti che ripetono la loro forza da una manifestazione tipica della sovranità è sicuramente enorme. Desacralizza la sovranità ma eleva a quella altezza l'individuo, il privato. Ai cittadini di Atene del V e del IV secolo spettava certamente il potere di approvare *nómoi* e *pséphismata* ma alle loro transazioni non fu mai concessa la forza di un *nómos* o di un *pséphisma*²⁸. È l'aver offerto al privato, al suo strumento usuale, quotidiano, la dignità e la forza di un attributo

²⁷ G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, (tr. it ed a cura di D. Pasini) Id., *Introduzione alla scienza del diritto*. Torino, 1961, 184.

²⁸ Cfr. D. Musti, *Demokrazia*, cit. 243 e ss.

sovrano che, con ogni probabilità, avrà consentito che si stabilizzasse e si diffondesse la democrazia dei moderni. Certo, come si vedrà tra breve, si tratta di una democrazia dimezzata, dimezzata a favore della classe dominante e finora egemone. Anche se contestata, in via permanente, dalle classi subalterne attraverso le espressioni e le aggregazioni, interne al *demos*, che rivelandone la struttura di classe, quindi le differenziazioni economiche, sociali, culturali e politiche ne avrebbero contestato la preminenza ed insieme avrebbero costituito i pilastri e gli strumenti della democrazia organizzata, quella dei partiti. Una democrazia oggi in crisi, proprio a causa della crisi dei partiti politici²⁹.

Non va sottovalutato un dato storico che conferma il ruolo enorme svolto nelle vicende giuridiche dal contratto. Come tutte le Carte medievali dei diritti, la Magna Charta di Enrico III d'Inghilterra del 1225, confermata da Edoardo I nel 1297 ed entrata poi nella raccolta degli Statuti del Regno d'Inghilterra era stata concordata, contrattata col re Enrico dagli "arcivescovi, vescovi, priori, conti, baroni, uomini d'arme, liberi livellari, con la quindicesima parte di tutti i loro mobili"³⁰. Un vero e proprio contratto, non proprio sociale, anzi, di vera e propria compravendita: i diritti venivano concessi dietro dazione di danaro. Ma questa concessione e questa dazione non potevano restare nel chiuso di un rapporto privato. Avevano l'una e l'altra rilevanza statale. Una rilevanza enorme. Anche se confermativa di antichi e mai misconosciuti diritti di sudditi della Corona, il contratto dimostrava che quei diritti si erano concentrati nel potere della Corona, erano diventati parte di quel potere. Il contratto mirava a sottrarglieli, a spezzettare parte di quel potere. I diritti che ne sarebbero risultati si configuravano come frammenti del potere regio. Diventavano così prefigurazione di quel che sarebbero stati poi i diritti pubblici, i diritti costituzionali: particelle, quote di un potere che, da addensato che era in un soggetto solo, viene frantumato e distribuito alla base della società. A quei sudditi che così potranno un giorno diventare cittadini, membri dell'entità plurale che sarebbe diventata titolare della sovranità. Quel contratto impegnava la corona, l'istituzione statale suprema e la impegnava in nome del titolare e dei suoi eredi³¹. Anche di quel Carlo I che non volle rispettarlo, pagandone il fio con la decapitazione.

Il contratto, come istituto, non è escluso, quindi, non è estraneo al diritto pubblico. Gli appartiene almeno dal medioevo.

Si rifletta, ora, su cosa abbia rappresentato e rappresenti nel vissuto quotidiano delle donne e degli uomini il contratto nella sua ripetitività e nella sua ampia

²⁹La letteratura su questo tema è ormai imponente, v. tra i tanti C. De Fiore, *Sovranità popolare, Partiti politici e Costituzione*, in L. Chieffi (a cura di) *Rappresentanza politica, Gruppi di pressione, Élite al potere*, Torino, 2006, 273 e ss. ed ora G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa* in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, (a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi) V, Napoli, 2009, 1777 e ss.

³⁰ Cfr. *Le Carte dei diritti* (a cura di F. Battaglia) Firenze, 1946, 15.

³¹ *Ibidem*.

comprensività. Si rifletta sulla percezione di potere, di libertà, di ottenuta soddisfazione di desideri, bisogni, aspettative, progetti di ciascun contraente, sulla fiducia che il contratto infonde in quei contraenti che siano anche socialmente, economicamente, culturalmente liberi e che almeno nel contrarre hanno modo di constatare che non soccombono, ma possono competere con l'altro contraente. Si immagini poi come, per influenze, suggestioni, od autonomi convincimenti si trasferisca dalla sfera privata a quella pubblica la stessa o analoga, o almeno somigliante possibilità di percepire l'assunzione di potere, la libertà esercitata, la soddisfazione, raggiunta o assicurata per il futuro, di desideri, bisogni, aspettative, progetti. Si tratta di effetti di una fertilizzazione che può ritenersi spontanea.

Infatti. Dalla fiducia sulla forza, l'utilità, le possibilità, le garanzie e le prospettive che i singoli, innumerevoli, minuti o massicci contratti individuali rivelano, è non solo possibile, ma agevole, addirittura indotto il passo ad un contratto di maggior respiro, di più ampio ambito, di maggiore coinvolgimento, di più alto rilievo e contenuto. La *ratio* del contratto si disponeva a dispiegarsi al consenso di una pluralità di persone e, congiungendo interessi reciprocamente valutati e reciprocamente riconosciuti, ad instaurare e sviluppare un rapporto finalizzato ad obiettivi che superavano la dimensione privata, attingevano alla rilevanza pubblica, la comprendevano elevandola ad interesse generale. Disponeva già della forza di legge pur se tra i soli contraenti. Si trattava quindi di estenderla. L'inverarsi del "contratto sociale" si compì per derivazione dalla configurazione e dalla diffusione del contratto privato, ma superandone natura, portata e fini. Ed insieme ad esso emergeva la replica che gli derivava, minore, ricorrente, cioè la legge come "espressione della volontà generale". Per cui, come stabilì al suo articolo 6, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, "[T]utti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione". L'*isonomia* veniva proclamata non soltanto come eguaglianza nei diritti, ma anche come eguaglianza nel diritto alla produzione del diritto (e dei diritti).

Ma per porsi come espressione della volontà generale, la legge doveva esserlo o almeno provarci. Non lo era. Non poteva esserlo in regime di suffragio censitario. Quello che, aveva trovato per un secolo e più una motivazione più o meno coincidente con quella che fu espressa il 22 ottobre 1789 all'Assemblea nazionale francese da Dupont de Nemours secondo cui "per essere elettore bisogna avere una proprietà ... perché gli affari dell'amministrazione riguardano le proprietà, i soccorsi dovuti ai poveri ... nessuno vi ha interesse se non colui che è proprietario: i proprietari soli possono essere elettori. Coloro che non hanno delle proprietà non sono ancora della società, ma la società è per essi".³² C'era poi una ragione

³² Cfr. A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)* Milano, 1975, 198. Ma sul suffragio universale, cfr. P. Rosanvallon, *La rivoluzione dell'uguaglianza Storia del suffragio universale in Francia*, Milano, 1994, S. Furlani, *Le tecniche della rappresentanza* voll. 1 e 2, Reggio Calabria, 1996.

ulteriore che impediva alla legge e che impedirà sempre a qualsivoglia legge di essere espressione della volontà generale. Attiene questa ragione proprio al contratto, a quello di diritto privato. Attiene alla “persona” come astratto soggetto giuridico. Attiene all’autonomia privata, attiene cioè al fondamento dell’economia che ha nel contratto di diritto privato la sua condizione di esistenza e di sviluppo, inteso però lo sviluppo solo come perpetuazione del modo di produzione e di scambio tipico dell’economia capitalistica. Nelle righe che precedono, si è voluto descrivere il ruolo svolto dai “concetti borghesi di uguaglianza e di libertà” a seguito del superamento definitivo del feudalesimo e dei suoi residui, nel diritto privato, e dell’assolutismo nel diritto pubblico. Senza sminuirne i meriti, senza trattare della contraddizione irrisolta ed irresolubile che avvolge e contorce ogni società nella quale quei concetti sono assunti come principi regolatori primari dei rapporti economico-sociali definendo la condizione umana. Perché – e riprendo l’ineccepibile definizione di Radbruch³³ che fu ministro della Repubblica di Weimar, cioè della prima costituzione di stato sociale, quella per cui *das Eigentum verpflichtet* – “la libertà privata unita alla libertà di contratto non concede solo un potere sulle cose, ma un potere sugli uomini, e la libertà di contrattare è ben libertà per chi possiede questo potere, ma è impotenza per colui contro cui essa si rivolge”.

Da qui – ed è la tappa del processo di sviluppo della democrazia raggiunta nel secolo scorso – la necessità, per la credibilità di questa forma di stato, di integrare il catalogo dei diritti con l’inserimento di quelli sociali, da quello all’istruzione, a quello al lavoro, al contratto collettivo di lavoro, alla assistenza ed alla previdenza, in caso di infortunio, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria, con il riconoscimento del diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato e, comunque, sufficiente ad assicurare ad ogni lavoratore ed alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa, limitando così il potere del contraente più forte, l’imprenditore, equiparando la posizione della donna lavoratrice a quella dei lavoratori maschi, precludendo che l’esercizio della iniziativa economica contrasti l’utilità sociale, o rechi danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, prevedendo che con legge l’attività economica sia privata che pubblica possa essere controllata ed indirizzata a fini sociali, riconoscendo sì il diritto alla proprietà privata ma affidando alla legge che lo riconosce di determinare i modi di acquisto, di godimento ed i limiti al fine di assicurarne la funzione sociale rendendola accessibile a tutti. È il principio di eguaglianza che si materializza con la democrazia disegnata costituzionalmente nel secolo scorso. Emblematico di questa configurazione della democrazia è, infatti, proprio il superamento della sola eguaglianza di fronte alla legge, qualunque ne

³³ *Op. cit., loc. cit.* Ma sul contratto di lavoro salariato perché ed in quanto strutturalmente volto alla subordinazione del contraente economicamente e socialmente più debole, rinvio a G. Ferrara, *Sulla democrazia costituzionale*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit. , 1989 e ss. spec. 1909 e ss.

potesse essere il contenuto, qualunque ne potesse essere la effettività economica e sociale. Emblematico di questa tappa della democrazia è stato l'obiettivo di far penetrare l'eguaglianza nel profondo dei rapporti della vita associata. Un obiettivo non raggiunto, oggi ostacolato dalla globalizzazione che ha liberato dalla sovranità statale i vincoli che le costituzioni dello stato sociale avevano posto alla libertà dei capitali, li ha liberati dalla democrazia. La presa di posizione di qualche giorno fa del Presidente della Potenza economica più liberista del nostro tempo, Obama, sullo strapotere del capitale finanziario convalida la denuncia del recesso della democrazia nel mondo.

È ora possibile provare ad indicare, in sintesi, quali sono i presupposti della democrazia. Sono i diritti, è l'eguaglianza. È l'acquisizione del potere da parte di tutte le donne e di tutti gli uomini che compongono la pluralità che identifica l'entità umana organizzata giuridicamente. Potere inalienabile, indivisibile, che se si esercita in modo che tutti vi possano partecipare, non deve espropriare, ne incidere sul potere, sui diritti della parte che risulti minoritaria. Se si proietta nella rappresentanza deve riprodurre i caratteri strutturali (la pluralità collegiale) del titolare del potere e i connotati di coloro (liberi ed uguali) che lo compongono, deve quindi garantire non soltanto il diritto al voto di tutti i titolari, ma anche l'eguaglianza degli effetti del voto in proporzione alle quantità differenziate³⁴. Diritti ed eguaglianza da concepire con riferimento al grado di sviluppo raggiunto con la presa di coscienza della necessità che debbano permeare stato e società. Diritti ed eguaglianza, che non si arrestino quindi di fronte alla ragion di stato, ai vincoli derivanti dalla congiuntura economica, ai cancelli delle fabbriche. Diritti universali perciò non bilanciabili con principi, valori, pretese che impongano compressioni o amputazioni. Eguaglianza che lungi da implicare appiattimenti, lungi da omologare le irripetibili individualità della specie umana, assicuri il libero sviluppo di ciascuno e di tutti. Eguaglianza che, nella dimensione politica, non ammetta distinzioni tra governanti e governati se non strettamente connesse all'esercizio rigoroso di funzioni revocabili sempre e che si ponga come orizzonte non oscurabile dei contenuti e dei fini degli atti giuridicamente rilevanti. Diritti ed eguaglianza che mai arretrino di fronte al potere, ovunque si annidi, comunque si vesta, perché al potere, che è sempre altro da sé, si oppone la democrazia, del potere tende alla frammentazione. Per farne diritti, se universali.

³⁴ Per più diffuse motivazioni, rinvio a G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 3 e ss., sulle distorsioni operate con le leggi elettorali vigenti, del voto, del suo significato e del suo valore v. ora limpidamente L. Carlassare, *www. Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, *www. Costituzionalismo. it* 22.1. 2008, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo. it* 23. 4. 2008.