

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"**



**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA**

**"TULLIO ASCARELLI"**

**SEZIONE DI DIRITTO PENALE (XXII CICLO)**

***Tesi di dottorato***

**DEMOCRAZIA SOSTANZIALE E ANALISI  
ECONOMICA DEL DIRITTO**

**Prof. Mario Trapani**  
*Coordinatore*

**Alfredo Copetti Neto**  
*Dottorando*

**Prof. Luigi Ferrajoli**  
*Tutor*

**ANNO ACCADEMICO 2008-2009**

*A Elizabeth, mia madre.*

**MIEI PIÙ SINCERI RINGRAZIAMENTI:**

ai Professori italiani, Salvatore Mazzamuto, Eligio Resta, Virginia Zambrano, Carlo Amirante, Giacomo Marramao e, in particolare, al Professore Luigi Ferrajoli da cui ho imparato tantissimo in questo periodo;

agli amici/Professori brasiliani, Lenio Streck, Henrique Paz, Jacinto Coutinho, Fernando Scaff, Flaviane de Magalhães Barros, Alexandre Morais da Rosa, in particolare, a Sandra Martini Vial e a Marcelo Cattoni de Oliveira, una delle persone che mi ha fatto credere in questa ricerca;

ai colleghi di dottorato, in modo speciale, a Alexandre Salim con cui ho sviluppato una sincera e fraterna amicizia;

agli amici che ho conosciuto in questo periodo in Italia, in speciale modo alla famiglia Mauriello che mi ha accolto come se fossi uno di loro;

a Almerinda, Elizabeth, José Luis, Maria Beatriz, i veri responsabili per il mio arrivo fino qui; a Fernanda e Giulia;

a Evi il cui appoggio e vicinanza sono stati imprescindibili per lo sviluppo di questa ricerca;

a CAPES, organo del Ministero dell'Istruzione brasiliano, per il sostegno e alla Biblioteca del Senato della Repubblica Italiana, dove si è scritto questo lavoro.

*And remember, where you have a concentration of power in a few hands, all too frequently men with the mentality of gangsters get control. History has proven that. All power corrupts; absolute power corrupts absolutely.*

Lord Acton. *Lettera al vescovo M.Creighton, 1887.*

*Eu ainda não sei bem porque eu escolho trocar a ordem das músicas já em cima do palco. Eu gosto de seguir o instinto, mas eu sei que muitas horas eu falho.*

Nando Reis. *Folha de São Paulo, 13 aprile 2004*

## INDICE

<b>PARTE I - CONSIDERAZIONI PRELIMINARI.....</b>	<b>8</b>
<b>PARTE II - STORIA E TEORIA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: UNA RICOSTRUZIONE ESSENZIALE.....</b>	<b>13</b>
<b>Capitolo 1 - Premessa: dal principio dell'utilità al principio della massimizzazione della ricchezza.....</b>	<b>13</b>
<b>Capitolo 2 - Il contesto scientifico-politico che ha influenzato il rapporto tra diritto ed economia e ha permesso la formazione dell'analisi economica del diritto.....</b>	<b>27</b>
2.1 - Le radici storiche del rapporto tra diritto ed economia ( <i>politica</i> ).....	29
2.1.1 - L'esempio privilegiato della <i>Staatswissenschaft</i> per una <i>New Science of Law</i> .....	34
2.2 - Le forze paradossali del continente europeo: diritto, economia e politica di fronte alle <i>riforme paradigmatiche</i> socio-istituzionali. Le radici del movimento.....	40
2.3 - Dall'Europa all'America: il primo movimento <i>law and economics</i> nella cultura giudaica-politica degli Stati Uniti.....	50
2.3.1 - Pragmatismo nella filosofia, realismo nel diritto e il doppio assalto all'economia politica classica: le basi della <i>Progressive Era Americana</i> (1880-1930).....	56
2.4 - Il secondo movimento <i>law and economics</i> : il consenso del modello neoclassico ordinalista e la sua (ri)approssimazione al(lo) (Stato di) Diritto contemporaneo.....	83
<b>Capitolo 3 - Conclusioni rispetto alla seconda parte: esiste l'(in)compatibilità tra l'analisi economica del diritto e la democrazia sostanziale?.....</b>	<b>100</b>
<b>PARTE III - LA DEMOCRAZIA SOSTANZIALE E IL (NEL) PARADIGMA GARANTISTA.....</b>	<b>105</b>
<b>Capitolo 1 - Premessa: dal paradigma filosofico-politico utilitarista al paradigma democratico-costituzionale garantista.....</b>	<b>105</b>
<b>Capitolo 2 - La democrazia costituzionale.....</b>	<b>122</b>
2.1 - La dimensione formale della democrazia - il <i>chi</i> e il <i>come</i> -.....	126
2.1.1 - La forma politica della democrazia: la democrazia politica.....	128

2.1.2 -	La forma civile della democrazia: la democrazia civile.....	132
2.2 -	La dimensione sostanziale della democrazia - il <i>che cosa</i> -.....	140
2.2.1 -	La democrazia liberale: <i>quello che non è permesso decidere</i> .....	147
2.2.2 -	La democrazia sociale: <i>quello che non è permesso non decidere</i> .....	160
<b>Capitolo 3 -</b>	<b>La struttura del sistema di garanzie.....</b>	<b>175</b>
3.1 -	Le garanzie primarie e le garanzie secondarie.....	177
<b>Capitolo 4 -</b>	<b>A guisa di una conclusione alle tesi centrali del paradigma garantista: i limiti e i vincoli al potere, la uguaglianza nei diritti fondamentali, la teoria della validità delle norme in un modello integrato di scienza giuridica.....</b>	<b>181</b>
<b>PARTE IV -</b>	<b>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IMPEDIMENTI SOSTANZIALI DEMOCRATICI E (IM)POSSIBILITÀ GIURIDICHE DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.....</b>	<b>184</b>
<b>Capitolo 1 -</b>	<b>Premessa: dalla massimizzazione della ricchezza alla garanzia dei diritti fondamentali.....</b>	<b>184</b>
<b>Capitolo 2 -</b>	<b>Antigiuridica e antiteorica: le due concezioni del nuovo movimento dell'analisi economica del diritto di fronte ai <i>principia iuris tantum</i> e <i>et in iure</i>. La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale.....</b>	<b>192</b>
2.1 -	Il carattere antiggiuridico dell'analisi economica del diritto dinanzi al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: l'economia neoclassica soggettivista della Scuola di Chicago.....	192
2.2 -	Il carattere antiteorico dell'analisi economica del diritto di fronte al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: Il pragmatismo economico post Chicago.....	200
2.3 -	La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale: possibilità giuridiche dell'analisi economica del diritto post Chicago.....	204
<b>Capitolo 3 -</b>	<b>Contribuzioni conclusive alla comprensione del modello di Stato Costituzionale garantista: i vincoli e i limiti imposti dai diritti e dai beni fondamentali alla massimizzazione della ricchezza.....</b>	<b>207</b>
<b>REFERENZE BIBLIOGRAFICHE.....</b>		<b>210</b>

## PARTE I - CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

Questo lavoro è il risultato finale di tre anni di ricerca di dottorato svolto presso la *Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia Tullio Ascarelli, dell'Università degli Studi "Roma Tre"*, su orientamento del Professore Luigi Ferrajoli.

Si è cercato di elaborare una tesi basata sul modello garantista di diritto, la cui concezione passa attraverso la ridiscussione dell'idea di democrazia, che fosse capace di segnalare non soltanto l'inconsistenza metodologica, gli equivoci teorici esistenti e il preciso carattere ideologico del movimento contemporaneo chiamato analisi economica del diritto, sviluppato nell'*University of Chicago*, ma, soprattutto, risaltare l'incompatibilità paradigmatica di questa proposta in rapporto allo Stato di Diritto stesso.

Pertanto si parte, sotto un aspetto, di una rielaborazione critica dell'utilitarismo del secolo XIX, nella misura in cui, sia il garantismo come l'analisi economica del diritto, hanno in esso le sue ascendenze comuni. Mentre il garantismo ha cercato di rinvigorire e approfondire le basi utilitariste del diritto, attraverso la composizione di questo con i diritti fondamentali e con la democrazia, l'analisi economica del diritto ha abbandonato qualsiasi discorso del benessere sociale in favore dell'efficienza economica e della massimizzazione della ricchezza.

D'altronde, è stato necessario ristabilire storicamente le articolazioni coinvolgendo entrambi le discipline, diritto ed economia, per rendere evidente che, nella storia della civilizzazione moderna, l'economia ha sempre assunto un ruolo nelle relazioni giuridiche, molte volte questo ruolo ha avuto un carattere progressista e, inoltre, non ha provato delegittimare, strutturalmente, la visione giuridica.

È possibile affermare che questo carattere progressista è stato quello combattuto, nell'*University of Chicago*, dai proponenti dell'analisi economica del diritto, visto che rinnegarono qualsiasi rapporto precedente più approfondito tra diritto ed economia e affermarono la loro innovazione rivoluzionaria, capace di portare consistenza teorica e metodologica al sistema giuridico, per affermare la strumentalizzazione del diritto a servizio di una precisa teoria economica.

In questo senso, si dimostra imprescindibile considerare alcuni aspetti preliminari della ricerca, sia in rapporto alla motivazione delle scelte strutturali che si imposero, così come alcune spiegazioni materiali che si è giudicato necessario sostenere o abbandonare.

In primissimo luogo, è importante fare un riferimento alla teoria garantista, nella misura in cui questa tesi, malgrado non lo sembri materialmente, è destinata a un paese periferico, nel caso specifico, il Brasile.

In questo senso, trattandosi della lettura della teoria garantista del diritto nello stile brasiliano, è pertinente demistificare, non soltanto l'errore rispetto al suo carattere eminentemente penalista, ma nella maggior parte dei casi, anche, la concezione insufficiente rispetto a questo carattere penalista sviluppato in Brasile. Questo vuol dire che il garantismo assume, come l'altra faccia del costituzionalismo, la base della democrazia costituzionale e, con questo, il modello normativo giuridico diretto alla realizzazione dei diritti fondamentali. Un esempio di questa affermazione è l'oggetto del presente lavoro: utilizzare il garantismo, il suo livello teorico e la sua consistenza pratica per combattere una precisa teoria giuseconomica che viene da molti decenni, poco alla volta, scomponendo il paradigma di civiltà dello Stato di Diritto. Quindi, il garantismo serve, soprattutto, a questo.

In secondo luogo, considerando pure le innumerevoli concezioni di *law and economics* oppure *economic analysis of law*, si delimita qui precisamente il termine, dato che si esalta l'esistenza di un primo movimento *law and economics*, che nasce in Germania con la Scuola Storica di Economia, attraversa l'era progressista americana e arriva al suo apice nel *New Deal*. Si riconosce, poi, l'esistenza di un secondo movimento *law and economics*, opposto all'anteriore e obiettivo principale della ricerca, diviso in: precursori, che seguirono la scia di *Frank Knight*, come, per esempio, *Ronald Coase*, *Milton Friedman*, *Gary Becker*, il primo *Richard Posner* e, in un certo modo, *Guido Calabresi*; e quelli che si possono chiamare di pragmatisti post Chicago, che hanno anch'essi in Posner uno dei loro rappresentanti più conosciuti.

Considerando i cambiamenti interni, tentativi di riadattare e correggere, questo secondo movimento è ideologicamente omogeneo e mantiene un nucleo

ortodosso che forma quello che si può caratterizzare come *Chicago Trend*<sup>1</sup>. L'impostazione della *Chicago Trend* ha inizio nell'*University of Chicago* stessa, nel 1958, con la creazione del *Journal of Law and Economics*, il cui primo editore fu Aaron Director, seguito da Ronald Coase, che pubblicò in esso il suo testo emblematico nel 1960: *The Problem of Social Cost*, che conteneva i famosi *The Coase Theorem*, per non rendere inutili le parole di Harold Demsetz. Concomitantemente, nel 1961 è stato pubblicato da Guido Calabresi il testo: *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, altra icona della corrente. L'espansione di questa proposta si diede con la fondazione, nel 1972, del *Journal of Legal Studies* e con la presentazione dell'opera classica del movimento: *Economic analysis of Law*, di Richard Posner.

Il nucleo fondamentale della *Chicago Trend* mette in discussione, a partire da una credenza conservatrice nel mercato, le analisi dei sistemi pubblici di regolamentazione riguardanti le politiche di benessere assunte, cioè, una riformulazione radicale dei problemi da considerare, ma anche del carattere redistributivo dell'accumulo delle risorse. Questa prospettiva è disegnata da un modello di equilibrio competitivo perfetto, dove gli scambi nel mercato, prendendo in considerazione i singoli soggetti come massimizzatori razionali, sono la finalità principale. Sotto questo aspetto, l'affermazione di un ordinamento di diritti naturali si rafforza, in qualunque modo, specialmente quando si impone l'efficienza paretiana o di Kaldor-Hicks come il centro di valutazione di quest'ordine.

Partendo da questa linea guida, si possono identificare correnti che hanno rivalutato alcuni punti del nucleo fondamentale della *Chicago Trend* fino all'espansione del nucleo stesso. Come l'idea promossa dalla *new institucional economics* che, basata su Coase, ha affrontato la razionalità vincolata per spiegare dei comportamenti a partire da pressioni istituzionali; la *behavioral law and economics* che si concentrò sulla ricerca del comportamento irrazionale; la *welfare economics*, con proponimenti diversi del benessere; la *public choice theory*, che esaltò, sotto il punto di vista degli interessi individuali, l'analisi dell'offerta e della domanda dei beni

---

<sup>1</sup> Vedi il libro che ha iniziato questa discussione in Brasile: MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

pubblici; la *new haven school*, che, in qualche grado, propose di pensare la ricchezza non come un fine di sé stessa, esaltando l'impegno del diritto con l'utilità e l'uguaglianza.

Anche se è imprescindibile far riferimento all'importanza di ognuna di queste correnti, l'analisi qui promossa ha cercato di dirigersi e discutere sul più robusto percorso della *Chicago Trend*, che fu quello seguito da Posner nella sua riformulazione pragmatica dell'analisi economica del diritto alla massimizzazione della ricchezza.

In questo modo, non si è ritenuto necessario discorrere sulle differenze normative o positive della proposta giuseconomica: da un lato, perché Posner parla senza distinzione di ambedue; dall'altro, perché, appunto, si crede nel proprio carattere normativo della concezione di scienza.

In terzo luogo, nell'elaborazione delle discussioni, si caratterizza lo Stato di Diritto come base paradigmatica. Ovviamente non si ignorano le peculiarità del termine per ogni sistema di diritti, nel caso il *Civil Law* ed il *Common Law*, tuttavia, non si ignora anche la proposta di Stato di Diritto come progetto di civilizzazione dell'occidente, soprattutto quando rinvigorito nel secondo dopoguerra e, oltre a questo, per l'intercomunicazione sempre meno chiara delle idee teoriche presumibilmente sviluppate in un sistema e applicate nell'altro. Sotto questo aspetto, l'analisi economica del diritto è un esempio privilegiato di contaminazione, anche strutturale.

Cioè, trattandosi specificamente del modello brasiliano, la faccia della giurisprudenzializzazione della Costituzione Federale del 1988 non tardò ad apparire, come mostrano i *precedenti vincolanti* elaborati dalla Suprema Corte del paese, la quale, è importante ricordare, è responsabile per il controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti normativi sia in via diffusa, sia in via accentrata.

La tesi centrale qui sostenuta è che l'analisi economica de diritto la cui base sta nella *Chicago Trend*, appare come una proposta di indebolimento o ancora di rottura con il paradigma dello Stato di Diritto, soprattutto se letto, come qui fatto, dal modello giuridico garantista.

Pertanto, il lavoro è stato diviso in quattro parti. Oltre a questa prima parte introduttiva, si sono susseguite altre due parti dense, la seconda e la terza, che trattarono: la seconda, del rapporto tra diritto ed economia nella storia, fino a rivelare, specificamente, la struttura dell'analisi economica del diritto contemporaneamente; la terza, della proposta di Stato Costituzionale garantista nella sua specifica comprensione di democrazia sostanziale.

Nella quarta ed ultima parte si è proposto il confronto tra le due parti sostanziali della tesi, con lo scopo di provocare delle risposte pertinenti ai limiti e alle (im)possibilità di una analisi economica del diritto all'interno del paradigma dello Stato Costituzionale.

Strutturalmente, è importante fare riferimento che si è deciso di fare tre premesse alle tre prossime parti della tesi, perciò, alla fine di ogni premessa ci sono i punti che saranno abordati in ogni parte. In questo modo, vengono escluse da questa prima parte preliminare le spiegazioni descrittive riguardanti le parti specifiche. Per quanto riguarda la quarta parte, in modo specifico, si è deciso inoltre, per trattarsi di una parte conclusiva, di eliminare le note di spiegazione in calce, mantenendo soltanto quelle che, in qualche modo, si riferiscono a discorsi che non sono stati trattati in modo determinante all'interno delle parti precedenti.

Dunque, lo sforzo del lavoro è stato caratterizzato da quello che è stato messo insieme come un rompicapo - sempre incompleto - di quello che è stato costruito, riflettuto, pensato, discusso durante questo studio di dottorato, il cui risultato si vuole portare avanti, per far sorgere qualcosa che possa stare potenzialmente presente, per lo meno in quelle voci silenziose che ci parlano internamente.

## PARTE II - STORIA E TEORIA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: UNA RICOSTRUZIONE ESSENZIALE

### Capitolo 1 - Premessa: dal principio dell'utilità al principio della massimizzazione della ricchezza

Delineare i tratti principali relativi alla storia e alla teoria del movimento contemporaneo chiamato *analisi economica del diritto* non vuol dire solo verificare a suo rispetto e raccontare come i metodi e i concetti economici hanno assunto, progressivamente, un ruolo influente nel percorso della scienza giuridica, ma prima di tutto, trovare alcuni - essenziali - collegamenti interni esistenti tra i diversi flussi e pensieri che fanno parte e divulgano l'inserimento delle teorie economiche nel diritto<sup>2</sup>.

Tuttavia, è noto che il recupero della discussione in questo orizzonte corre il rischio di trasformare la ricerca in un diagramma erculeo, nel senso di orizzontalmente vasta e non essenzialmente approfondita, nel caso in cui non sia diretta con precisione accurata; una precauzione particolare, cioè, un punto nodale di riferimento che vuole discorrere su una tesi specifica che, sin d'ora viene posta: il contemporaneo rapporto esistente tra *diritto* ed *economia* - o l'archetipo teorico dell'*analisi economica del diritto* - e le sue implicazioni nel paradigma costituzionale attuale o più precisamente, nel modello *democratico sostanziale*<sup>3</sup>.

In questo legame, la proposta principale, che servirà a stabilire ed esaminare questa premessa, è quella di fare una ricostruzione storico-critica del rapporto stabilito tra *diritto ed economia*, perché sia possibile comprendere il motivo per il quale, gradatamente nel tempo, è stato sostituito il discorso

---

<sup>2</sup>MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 66.

<sup>3</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

giuridico-economico di aspetto riformatore<sup>4</sup> - fondato sul *benessere generale della società* -, dove il principio dell'*utilità*<sup>5</sup> assumeva un importante *locus*, per il principio della *massimizzazione della ricchezza* - vincolato all'*efficienza economica* -, inteso come unico scopo del diritto e come *valorizzazione sociale genuina*, rivestita di un'analisi di *costo/beneficio* come principale strumento analitico, concentrata nella nozione di *valore*<sup>6</sup>.

Ovviamente, questi due principi - dell'*utilità* e della *massimizzazione della ricchezza* - sono notoriamente dei punti paradigmatici che determinano, in un determinato grado, le vesti economiche assunte dai movimenti giuridici, allo scopo di elucidare il delineamento che è stato preso in considerazione, dinanzi alla conclusione storica nella quale eravamo immersi.

Così, da una parte, perché possa essere analizzato il principio dell'*utilità*, è necessario guardare al passato, più precisamente alla fine del XVIII secolo, quando *Jeremy Bentham*, partendo dalla legge matematica dell'*indifferenza*, ha posto il problema nel miglior modo di divulgare la felicità al maggior numero di persone, misurando il piacere e il dolore per mezzo dell'*utilità*<sup>7</sup>.

E, dall'altra parte, per poter analizzare il principio della *massimizzazione della ricchezza*, è necessario considerare che essa è stata sovvenzionata e menzionata dalla conosciuta *Scuola di Chicago*, dove Richard Posner - esponente massimo della sua nuova generazione dell'analisi economica del diritto dell'ultimo quarto del XX secolo - ha l'ambizione di divulgare una rivalutazione drastica del pensiero giuridico contemporaneo, applicando e sottoponendo il diritto a criteri strettamente economici formulati dall'*Ortodossia Neoclassica Marginalista*<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law, 1836-1937*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p., 72.

<sup>5</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. N.Y: Dover Publications Inc., Chapter I.

<sup>6</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p., 98 e seg.

<sup>7</sup> BENTHAM, Jeremy. *op. cit.*, p. 1.

<sup>8</sup> Sull'origine della *Scuola di Chicago* e l'applicazione dell'*Ortodossia Neoclassica Marginalista* nel diritto, vedere: DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p., 339 e seg. MACKAAY, Ejan. *op. cit.*, p., 71 e seg. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 51 e seg.

È importante evidenziare, tuttavia, che il principio dell'utilità assume una determinata posizione di fronte alla Storia. Cioè, come delineato da *Bentham* - seguito da *James Mill* e, successivamente, da *John Stuart Mill* -, il principio dell'utilità portava con sé una politica riformatrice che aveva come obiettivo lo sterminio dell'uso del potere pubblico per fini privati, il cui intuito era la manutenzione dei privilegi sociali, politici ed economici delle caste più agiate<sup>9</sup>.

Gli abusi del potere pubblico, interpretava *Bentham*, non potevano più essere ammessi, nella misura in cui implicavano in un aumento delle disparità sociali e nello stimolo alle pratiche monopoliste, le quali, se svincolate dall'utilità sociale, avrebbero dovuto essere controllate e sanate - in ultima *ratio*, anche con l'intervento dello Stato nell'economia<sup>10</sup>.

L'interferenza del governo nelle pratiche economiche - in casi particolari - avrebbe dovuto essere considerata di buon grado, secondo *Bentham*, se il mercato in qualche modo stimolasse e provocasse la disparità e, di conseguenza, non fosse diretto all'allargamento dell'interesse pubblico<sup>11</sup>.

In questo senso, *Bentham* era un riformatore radicale, la cui analisi partiva dalla peculiare situazione nella quale si trovava il potere pubblico inglese alla fine del XVIII secolo - formalismo della Chiesa anglicana e corruzione istituzionale dello Stato -, basata in interessi antagonici che provocavano il vincolo di accordi

---

MINDA, Gary. *Teorie posmoderne Del diritto*. Bologna: Mulino, 2001, Capitolo Quinto. COOTER, Robert; Et al. *Il mercato delle regole. Analisi econômica Del diritto civile: I. Fondamenti*. Bologna: Mulino, 2006, p. 14-16 e 38-54. CHIASSONI, Pierluigi. *Law and Economics: l'analisi econômica del diritto negli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli Editore, 1992, p.27 e seg. Sui fondatori dell'analisi economica del diritto, vedere i saggi: COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In: *Journal of Law and Economics*, October, 1960. CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 70. N° 4, 1961, p. 499-553. CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*. USA: Yale University Press, 1970. CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, Liability rules, and Inalienability: on view of the Cathedral. In: *Harvard Law Review*. N° 6, vol. 85, 1972, p. 1089-128. POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2.ed. México: Fondo de cultura econômica, 2007, p., 55 e seg. In Italia vedere il riassunto di: PARDOLESI, Roberto; BELLANTUONO, Giuseppe. Law and Economics in Italy. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 244-61.

<sup>9</sup> STEPHEN, Leslie. *The English Utilitarians. Volume one - Jeremy Bentham*, 1900, p., 38. Disponibile in: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>.

<sup>10</sup> BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol 1. Chapter I: *Introduction*. Disponivel em: <http://oll.libertyfund.org/title/1922/114390>. HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p., 72.

<sup>11</sup> BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham, op. cit., Introduction*.

politici e che avevano lo scopo di conservare le leggi considerate ingiuste che diventarono perenni a causa della creazione e della difesa delle menzogne dogmatiche poste come immutabili<sup>12</sup>.

La soluzione trovata da Bentham fu l'ingegno di una nuova *Teoria della Legislazione*<sup>13</sup> basata sull'esperienza, il cui intuito era quello di rompere con gli abusi pratici e criticare con veemenza la protezione di leggi che, secondo lui, miravano solo agli interessi di un'ntegrità classista e non si identificavano con le necessità della società in generale<sup>14</sup>.

Le riforme difese da *Bentham*, che cercavano di modificare il sistema giuridico inglese, si mettevano contro ai *Commentaries on the Laws of England*, scritti da *William Blackstone* - uno dei più prestigiosi giuristi dell'epoca -, fondamentalmente per non aver preso in considerazione l'ipotesi che esistessero casi nei quali la legge avrebbe dovuto essere modificata perché sfavorevole agli interessi del benessere comune<sup>15</sup>.

*Blackstone* era contrario alle riforme, soprattutto a quelle di carattere costituzionale, ritenendo che qualsiasi fosse la riparazione attinente alla Costituzione Britannica - che, secondo lui, assumeva un carattere santificato - presenterebbe solo imperfezioni. Credeva, in questo modo, che il sistema delle leggi britanniche erano filosoficamente supportate da una specie di *contratto sociale*, il che legittimava anche l'obbligo all'obbedienza da parte del popolo all'autorità di governo. Sarebbe inutile, secondo lui, condurre il popolo a uno stato anarchico in nome di una presunta libertà riformatrice<sup>16</sup>.

Nella percezione di *Bentham*, al contrario, la riforma era inesorabile, poiché il

---

<sup>12</sup> STEPHEN, Leslie, *op. cit.*, p. 96 e seg.

<sup>13</sup> BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol. 1. Chapter: *A fragment on Government*. Specialmente Capitolo III. <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>. BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of morals and Legislation*, *op. cit.* p. III - XII.

<sup>14</sup> STEPHEN, Leslie, *op. cit.* p. 98.

<sup>15</sup> BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol. 1. Chapter: *A fragment on Government*. In particolare la prefazione alla prima edizione pubblicata nel 1776. <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>.

<sup>16</sup> Idem. *Ibidem*. Em especial capítulo I.

ruolo primordiale del diritto si sarebbe definito in sintonia con il principio dell'utilità, il cui scopo era quello di offrire una sicurezza giuridica alle aspettative singolari e, quindi, di proteggere il benessere della collettività<sup>17</sup>.

Pertanto, la costruzione di una base concreta modellata su un corpo teorico, politico e morale, *scientificamente dimostrato*, era di fondamentale importanza per valutare, in modo giusto e concreto, le azioni pubbliche inerenti al sistema sociale.

Con l'adozione del principio dell'*utilità*, *Bentham* ha potuto propiziare la base della valutazione delle azioni individuali e, in questo modo, proteggere il benessere all'interno della società, visto che i principi morali e legislativi avevano, nel rispetto dell'individuo, le proprie basi, i cui fini comprendevano anche la felicità della società.

L'avversione al conservatorismo sociale fu una delle grandi massime che hanno portato *Bentham* a formulare il principio dell'utilità e, attraverso il quale, a difendere l'innovativa *Reform Bill* inglese, iniziata nella prima metà del XIX secolo, che consisteva, soprattutto, in dare un nuovo significato al ruolo del governo rispetto al popolo, introducendo delle riforme per la migioria del benessere della popolazione - basate nella redistribuzione del reddito e della ricchezza -, difendendo l'imparzialità politica del Parlamento e stimolando avanzamenti sociali e democratici, che porterebbero all'allargamento della sfera pubblica e, fondamentalmente, il carattere non assoluto del potere.

*Habermas*<sup>18</sup> mette in evidenza questo capovolgimento tra il XVIII e il XIX secolo, il cui allargamento della sfera pubblica borghese ha propiziato l'apertura di un *locus* di appartenenza sociale, dove furono consentite discussioni e prese di decisioni sui temi di interesse generale della società, svincolati e, persino, attivamente contrari a domini, arbitrarietà e oppressioni determinate dalle corporazioni e dallo stato.

In questo senso è inerente affermare che il principio dell'*utilità* ha costituito, nel periodo in cui è stato difeso un'innequivocabile avanzamento sociale, considerando che *Bentham*, attraverso una nuova *Teoria della Legislazione* basata sul

---

<sup>17</sup> Idem. *Ibidem*. Em especial capítulo I.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Storia e critica dell'opinione pubblica*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, , 2002.

principio dell'*utilità*<sup>19</sup>, aveva lo scopo di coordinare qualsiasi tipo di politica istituzionale che agisse, soprattutto giuridicamente, a favore di una determinata classe d'élite e stimolasse le disparità.

Tuttavia, la prospettiva del principio della *massimizzazione della ricchezza* ha un'altra aspirazione, cioè, un'ideologia di manutenzione dello *status quo* che permette di pensare il volume della ricchezza come fine a sé stesso e, in questo senso, sostenere l'autonomia regolatrice di un panorama in cui, oltre a svincolarsi dal diritto, lo sottopone alle proprie aspirazioni.

In modo esplicito, il pensiero sostenuto da Posner<sup>20</sup> osserva che: da un lato, l'ordinamento giuridico è solo una variabile all'interno del sistema economico, dove le istituzioni legali sono trattate non come punti fissi all'esterno della struttura economica, ma come facenti parte di questa stessa struttura<sup>21</sup>; dall'altro questa stessa appartenenza del diritto all'economia ha un motivo intrinseco, cioè, la coesione delle tecniche economiche neoclassiche – basata sul presupposto secondo il quale gli individui sono massimizzatori razionali e il diritto ha un ruolo mediatore che fa la variazione dei prezzi relativamente connessi al comportamento dei soggetti.

In altre parole, l'attuale analisi economica del diritto vuole, sulla base del principio della massimizzazione della ricchezza, proporre un patto riformatore per il diritto che garantisce sia lo svuotamento dell'autonomia giuridica, sia la possibilità di ripensare in modo unitario ed economico, il sistema legale<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the Word. In: FREEMAN, Michel (Ed.). *Current Legal Problems 1998. Legal Theory at the end of the Millennium*. volume 51. N Y: Oxford University Press, p. 126-47.

<sup>20</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*, op. cit., p. 4-5.

<sup>21</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit, op. cit., p.65.

<sup>22</sup> Vedi, in questo senso, l'importante critica luso-brasiliana: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. op. cit., p. 166 e seg. Vedere anche l'importante opera alla realtà brasiliana organizzata da: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Specialmente il testo la inserito di: FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação. In seguito pure: MARCELINO JUNIOR, Julio Cezar. *Principio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus editora, 2009.

Pertanto, il principio della *massimizzazione della ricchezza* che risponde alle basi stabilite dall'*economia marginalista neoclassica*, si inserisce e, oltre a ciò, si giustifica al mondo giuridico - nella visione dell'analisi economica del diritto - per la sua - presupposta - capacità di permettere una trasparenza metodologica che renderebbe possibile la ricostruzione empirico-esplicativo dei *sistemi legali come sono realmente*<sup>23</sup>.

Questa capacità è necessaria di fronte all'argomento che pone la teoria del diritto<sup>24</sup> - *legal theory* - in un grande paradosso, cioè, come una teoria strettamente legata a problemi pratici del diritto, al di fuori dalla tradizionale *filosofia del diritto* e, in questo modo, svincolata dall'analisi degli argomenti che richiedono un alto grado di astrazione; come una teoria che si avvale delle discipline esterne all'apparato giuridico, nel caso specifico l'apparato economico *neoclassico marginalista*, per, ipoteticamente, sfuggire da una presunta incoerenza soggettiva dei giudizi morali e permettere al diritto criteri di neutralità, chiarezza e scientificità.

È partendo da questa prospettiva che il principio della *massimizzazione della ricchezza*, inteso come un *valore sociale genuino*<sup>25</sup>, inquadrirebbe il diritto in un'autosussistenza regolatrice - o in una automatica sottomissione regolatoria - che lo slegherebbe da qualsiasi dimostrazione empirica e lo allontanerebbe da una discussione esterna di carattere metodologico e, inoltre, in questo modo lo porterebbe alle indiscutibili dimostrazioni di equilibrio efficiente disegnate dall'*economia marginalista*<sup>26</sup>.

Sotto l'aspetto economico, competerebbe al diritto, in un primo momento, identificare e comprendere i presupposti della società - sempre considerando i criteri delle necessità/scarsità - e, successivamente, formulare una strategia adatta

---

<sup>23</sup> Idem, *Ibidem*, p. 148-49. AMUCHASTEGUI, Jesús González. El análisis Económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. In: *Doxa*, n° 15-16, 1994, p., 937 e seg.

<sup>24</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory.*, op. cit., p., 2.

<sup>25</sup> Idem. *Ibidem*, p., 100. Vedi, sin d'ora la critica di DWORKIN, Ronald. 2.ed. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, specialmente il capitolo 12, nel quale l'autore fa la domanda sulla possibilità che la ricchezza sia un valore sociale. Questo testo è stato pubblicato prima in: *Journal of Legal Studies*. N°9, 1980.

<sup>26</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. op. cit., p., 169.

alla realizzazione di questi presupposti che, ovviamente, sarebbero in sintonia con il nucleo costitutivo *dell'analisi economica del diritto*, cioè: la mobilitazione determinata da un percorso che va razionalmente verso le nozioni di *ricchezza, massimizzazione e valore*, sulla base dell'idea dell'uomo economico – come agente massimizzante di efficienza – che opera secondo dei criteri di preferenze stabili, le cui orientazioni sono finalistiche nel suo stesso interesse e slegate da qualsiasi giudizio morale<sup>27</sup>.

È possibile, tuttavia, dire che esiste qualche rapporto teorico comune tra il principio dell'utilità e quello della massimizzazione della ricchezza?

Si può sostenere, innanzitutto, che esiste un rapporto molto più di rottura che di legame o evoluzione tra ambedue, viste le basi diverse paradigmatiche alle quali sono ancorate.

Accade che il principio della *massimizzazione della ricchezza* è il fine stabilito dall'*economia marginalista soggettivista*<sup>28</sup>, giustificato dall'interpretazione dell'economia come *teoria del comportamento razionale*, il cui oggetto di analisi è esclusivamente quello di stabilire la miglior maniera – massimizzazione – di utilizzare le scarse risorse che sono a disposizione.

Non interessa al marginalismo neoclassico qualsiasi analisi degli scopi per i quali saranno utilizzate le risorse – scarse – massimizzate. Cioè, il *fine* del marginalismo è quello di trovare il mezzo più adatto alla massimizzazione. Come disse l'inglese *Lionel Robbins* nel suo celebre *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science: economics is a science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*<sup>29</sup>.

In questi termini l'economia si allontana dai vincoli morali o sociali; da ciò che è giusto o ingiusto. Per raggiungere lo *status* di scienza, la concezione

---

<sup>27</sup> Idem. *Ibidem*, p., 177.

<sup>28</sup> NUNES, António José Avelãs. *Um Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p., 33-40 e 540-83. GALBRAITH, John Kennet. *Storia dell'Economia*. 11.ed. Milano: BUR, 2006, p., 119-29. RONCAGLIA, Alessandro. *Lineamenti di economia politica*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p., 76-98. ROLL, Eric. *A History of Economic Thought*. Oxford: Alden Press, 1973, p., 424 e seg.

<sup>29</sup> ROBBINS, Lionel C. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan, 1932, p. 16.

marginalista neoclassica dell'economia si scosta dalle privazioni o dalle sofferenze esistenti nel sistema sociale e cerca di ridurre, se possibile, le proprie descrizioni e analisi in formule matematiche<sup>30</sup>.

Mentre, da una parte, *l'economia classica* si definiva secondo lo studio delle caratteristiche di ogni sistema sociale dal punto di vista della produzione, distribuzione e dell'impiego del reddito, basata sulla concezione dell'uomo come *homo faber*; dall'altra, il problema *economico marginalista neoclassico soggettivista* ha cambiato radicalmente la base e si è fissato sotto l'ottica del consumo, del comportamento dell'individuo economico, i cui problemi si riferivano alle scelte radicali tra i mezzi alternativi e limitati per soddisfare le necessità illimitate, costituita dall'idea dell'uomo come *homo oeconomicus*<sup>31</sup>.

Era imprescindibile, pertanto, creare e accettare un modo preciso per valorizzare in modo univoco gli effetti derivanti da una determinata azione sulla collettività, il cui scopo era quello di permettere, in qualsiasi caso, *una mappa di preferenze* che potesse stabilire un equilibrio alle scelte del consumatore<sup>32</sup>.

In questo senso il principio dell'utilità soffre un *(ri)adeguamento* perché possa entrare nell'ossatura concettuale del marginalismo, cioè, cessa di essere interpretato come una *misura di felicità* - utilità cardinale -, usando come principale argomento la difficoltà di giustificare la propria misurazione e viene considerato come una mera *descrizione delle preferenze* soggettive individuali senza nessuna interconnessione tra i soggetti - utilità ordinale -.

Tuttavia, questo riadeguamento ha un motivo implicito che in una determinata condizione supera il campo strettamente scientifico e si trasforma in una questione etica. Cioè, quello che in termini generali, era un semplice mezzo di misurazione - piacere/dolore - per raggiungere la felicità, si converte in un fine - costo/beneficio - di sé stesso.

---

<sup>30</sup> GALBRAITH, John Kennet. *op. cit.*, p., 142.

<sup>31</sup> RONCAGLIA, Alessandro. *op. cit.*, p., 9-10.

<sup>32</sup> HARGREAVES-HEAP, S.; HOLLIS, M. Economic man. In: EATWELL, J. et. al. *Palgrave dictionary of economics*, v. 2, 1991, p., 53 e seg.

Quando il marginalismo si appropria del principio dell'utilità - e insieme a esso l'attuale *analisi economica del diritto* per la sua applicazione in casi giuridici - si appropria solo di un aspetto dell'utilitarismo, responsabile per *la descrizione del comportamento umano* - il mezzo - e lascia da parte la base utilitarista, che si stabilisce come una *teoria etica* - il fine -.

E, inoltre, quel *punto cardinale* - piacere e dolore - che costituisce la parte comportamentale del principio dell'utilità, la cui base etica era la ricerca della felicità, una volta adattato al marginalismo economico come criterio *ordinale* di preferenze - costo/beneficio - oltre ad assumere il posto del fine, della base e lasciare di lato tutta la parte utilitarista relativa a una *teoria etica*, ha inoltre riadattato quella prima parte del giudizio comportamentale del principio dell'utilità - ora assunto come fine - a tutto l'apparato ideologico legato al marginalismo soggettivista, cioè, all'*uomo economico* e alla sua rete di presupposti di razionalità e di scientificità.

In altre parole, il principio dell'utilità, quando è applicato al marginalismo economico - e ovviamente incorporando tutta la sua gamma di *criteri di scientificità* - ha sofferto un drastico cambiamento: ha perso il suo intrinseco carattere etico e con esso, qualsiasi vincolo morale - che non fosse quello della *massimizzazione della ricchezza*. O meglio, l'*etica dell'utilità* viene articolata e difesa come l'(est)etica dell'*efficienza* economica. Una specie di *efficienza* per la semplice *efficienza*, condizionata dall'economia come *scienza della scelta*, intesa come disciplina vincolata alla condotta degli uomini rispetto ai beni - scarsi - di consumo<sup>33</sup>.

A tale proposito, la più celebre teoria dell'efficienza economica è stata sviluppata da *Wilfredo Pareto*<sup>34</sup> che, partendo dai criteri dell'*utilità dell'ordine* per descrivere il comportamento umano - ma anche la sua derivazione e/o adeguamento proposto da *Nicholas Kaldor e John Hicks*<sup>35</sup>, basato sul *criterio della*

---

<sup>33</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p., 555.

<sup>34</sup> PARETO Wilfredo. *Manuale di economia politica*. Milano: EGEA, 2006, p., 107 e seg.

<sup>35</sup> KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparison of Utility. In: *The Economic Journal*, September, 1939, p., 549-552. HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: *The Economic Journal*, December, 1939, p., 696-712.

*compensazione* –, ha cercato di mettere in ordine le preferenze individuali manifestate dal mercato, la cui giustificazione si inquadra ora nel nuovo modo di pensare l'economia, ossia, prendendo in considerazione il problema di come gestire in modo efficiente la scarsità di risorse.

In questo modo, a partire dalle congetture marginaliste, ciò che ha acquisito tono in economia è stata l'idea dell'efficienza economica, poiché una volta stabilita l'*utilità ordinale soggettiva*, l'intento era di ridurre i costi e aumentare i benefici, esclusivamente in vista della *massimizzazione della ricchezza*, intesa semplicemente come la massimizzazione della somma degli oggetti che potevano essere misurati secondo il *valore*; e il *valore*, a sua volta, regolato dal criterio *oggettivo e scientifico dell'utilità ordinale*, cioè, dal rapporto che si stabiliva tra soggetti consumatori e le loro disposizioni preferenziali soggettive di pagamento o rinuncia a un determinato bene.

Una specie di continuazione del *darwinismo sociale*, precedentemente proposto da *Herbert Spencer*<sup>36</sup>, la cui giustificazione si inquadra nell'idea della disuguaglianza fisiologica dello stesso sistema sociale, dove solo quelli *geneticamente* adatti a consumare e, allo stesso modo, a negoziare le proprie preferenze, sarebbero idonei alla *massimizzazione della ricchezza*.

È stato in questo modo che *Posner* si appropriò del principio dell'utilità, riducendolo a una mera analisi di costo/beneficio, cioè, dicendo che quello che *Bentham* una volta ha chiamato di *dolore*, lui lo chiamerebbe *costo*; e quello che anticamente era chiamato *piacere*, ora sarebbe *beneficio*<sup>37</sup>.

Tuttavia il principio della *massimizzazione della ricchezza*, sostenuto dall'*analisi di costo/beneficio* e inserito nella visione attuale dell'*analisi economica del diritto* – nonostante abbia ignorato, da un lato, la concezione di una *teoria etica* proposta dall'*utilitarismo*; e, dall'altro lato, riadattato alla concezione di giudizio comportamentale del principio dell'utilità ai dettami dell'*economia marginalista* – all'inizio fu espressamente definito da *Posner* come un *concetto etico*, che

---

<sup>36</sup> SPENSER, Herbert. *The Study of Sociology*. London: Henry S. King, 1873. Disponibile em: <http://oll.libertyfund.org/title/1335>, specialmente, il capitolo XIV.

<sup>37</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p., 55.

porterebbe al sistema giuridico la parte più coerente dell'*utilitarismo* e della *morale kantiana*<sup>38</sup>.

Considerando però una ancor maggior necessità di *neutralizzazione e autonomia* delle proposte difese dall'analisi economica del diritto, accogliendo il principio della *massimizzazione della ricchezza*, Posner ha presentato un cambiamento interno della base: quello che una volta era chiamato di concetto etico, nonostante soffrisse dell'assenza di un'autentica teoria etica, ora si giustificava come una priorità pragmatica<sup>39</sup>, il cui principale interesse sarebbe quello di corroborare la presunta legittimità di questa concezione ideologica dinanzi al diritto come unico principio guida preventivamente stabilito.

Comunque, considerando con cura ambedue i punti – che si distinguono come base, ma che si avvicinano come criteri di riferimento, di razionalizzazione esponenziale formale di ogni teoria –, immediatamente si nota che i *principi economici*, o quello che è considerato come tale, hanno una natura complessa.

Basta proprio percepire che il principio dell'utilità è stato creato da *Bentham* come una dottrina filosofica, la cui giustificazione si inquadrava in un progetto giuridico-politico, promosso da una determinata classe di riformatori, che ha anche trovato nel campo economico un punto chiave di applicazione.

Al contrario, *Posner* è un esempio di giurista che, influenzato da diversi economisti, difende una recente scuola di pensiero, secondo lui di tipo *(neo)pragmatico*<sup>40</sup>, che desidera l'applicazione dei principi e dei metodi che hanno come riferimento l'economia – *marginalista soggettivista* – a tutte le aree del diritto, non solo quelle aree prontamente vincolate e associate all'economia, ma anche a quelle aree interne, basilari dell'organismo giuridico, che esaminano la formazione, la struttura, l'impatto del diritto e dei sistemi legali nella società<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> POSNER, Richard. *The Economic of Justices*. Topeka: Topeka Bindery, 1981, p., 55 e seg. POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. USA: Harvard University Press, 1990, p., 390 e seg.

<sup>39</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*., op. cit. p., 102. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. USA: Harvard University Press, 2005, p. 57 e seg.

<sup>40</sup> Per quanto riguarda il neopragmatismo di Posner vedi la critica di: DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007., p. 75-8 e 105-11.

<sup>41</sup> POSNER, Richard. *El análisis económico...*, op. cit., p. 55. MACKAAY, Ejan. op. cit., p. 66.

Nonostante ciò, è già evidente che per formulare gli argomenti economici, si inseriscono motivazioni di carattere ideologico, politico, sociale e religioso che servono, in un determinato contesto storico, a giustificare, oltre all'urgenza, la veridicità/fede di ogni avvicinamento teorico.

In questo senso, nello specifico dibattito tra diritto ed economia, o per meglio dire, nell'interesse economico che il diritto provoca, visto che è un ordinamento coinvolto nell'attività economica, entra in gioco, nonostante il ruolo svolto dal diritto nei confronti che sistabiliscono dai/nei rapporti economici, soprattutto le funzioni e gli impegni di carattere economico che appartengono alle istituzioni giuridiche.

Considerando l'affermazione sopraccitata, la discussione in questi termini si stabilisce secondo le domande: se da parte del diritto sorge un interesse di taglio economico, visto che la sua partecipazione nelle questioni relative alle attività economiche, quali sono gli impegni assunti dal diritto che ha a che fare con lo stesso aspetto economico, in generale? E quali di questi impegni possono essere sottoposti - se questo è possibile - a criteri economici stabiliti dai modelli creati dal movimento contemporaneo chiamato Analisi Economica del Diritto, in particolare?

Si tratta in questa sede di considerare questi argomenti dal punto di vista della *democrazia sostanziale*<sup>42</sup>, che riassume il ruolo trasformatore del diritto come era svolto da *Bentham*, però aggiungono alla discussione altri considerevoli criteri, che riadeguano e rafforzano il discorso giuridico verso il - nuovo - costituzionalismo, nella cui base si trovano, tassativamente, la protezione e la garanzia dei *diritti fondamentali*.

È salutare, pertanto, percorrere alcuni labirinti interni e comprendere alcune importanti aspirazioni storiche/teoriche perché si possa riempire la struttura concettuale che caratterizza l'attuale *analisi economica del diritto*, e comprendere perché, a partire da essa, il discorso basato sul principio dell'*utilità*

---

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 2. Teoria della democrazia*, op. cit. p.303 e seg.

ha perso terreno rispetto al principio della *massimizzazione della ricchezza*, che ne è diventato la pietra angolare.

In questo modo, in questa seconda parte della tesi saranno delineati, oltre a questo capitolo introduttivo: **Capitolo 2 – Il contesto scientifico-politico che ha influenzato il rapporto tra diritto ed economia e ha permesso la formazione dell'analisi economica del diritto**; enfatizzando: 2.1 – *Le radici storiche del rapporto tra il diritto e l'economia (politica)*; le cui basi si trovano nel paradigma dell'economia classica rispetto alla proposta della *Staatswissenschaft* per una *New Science of Law*; 2.1.1 – *L'esempio privilegiato della Staatswissenschaft per una New Science of Law*; 2.2 – *Le forze paradossali del continente europeo: diritto, economia e politica di fronte alle riforme paradigmatiche socio-istituzionali. Le radici in movimento*; 2.3 – *Dall'Europa all'America: il primo movimento Law and Economics nella cultura giuridico-politica degli Stati Uniti*; 2.3.1 – *Pragmatismo nella filosofia, realismo nel diritto e il doppio assalto all'economia politica classica: le basi della Progressive Era Americana (1880 – 1930)*; 2.4 – *Il secondo movimento Law and Economics: il consenso del modello neoclassico ordinalista e la sua (ri)approssimazione allo (Stato di) Diritto contemporaneo, che ha inizio fondamentalmente dalla creazione del Journal of Law and Economics nel 1958, con la pubblicazione dei testi di Ronald Coase - The problem of social costs del 1960 – e di Guido Calabresi - Some thoughts on risk-distribution and the law of torts del 1961 –, e raggiunge il suo apice alcuni anni più tardi, con la celebre pubblicazione dell'opera Economic Analysis of Law, nel 1972, di Richard Posner.* **Capitolo 3 – Conclusioni rispetto alla seconda parte: esiste l'(in)compatibilità tra l'analisi economica del diritto e la democrazia sostanziale?**

## Capitolo 2 - Il contesto scientifico-politico che ha influenzato il rapporto tra diritto ed economia e ha permesso la formazione dell'analisi economica del diritto

Il cammino per raggiungere il movimento contemporaneo chiamato *analisi economica del diritto* - sviluppato in modo pionieristico dall'*Università di Chicago* sulla piattaforma dell'*economia neoclassica marginalista soggettivista* a partire dal 1960 - è lungo e tortuoso, pieno di divergenze e rotture, siano esse interne o esterne, ma necessario per comprendere alcuni dei suoi corollari.

Nonostante questa conclusione e, in modo particolare, in sua causa, non sembra prudente, come alcuni vogliono<sup>43</sup>, (ri)conoscere solo tali differenze e rotture per discutere quello che su di esse egemonicamente si è delineato all'interno del movimento stesso.

Quando si parla di percorrere il cammino per raggiungere i legami che hanno sviluppato *l'analisi economica del diritto*, si vuole, proprio riconoscere le situazioni peculiari che l'hanno protetta - considerando il contesto ideologico e temporale completamente diverso - alla formazione e alla struttura di un determinato pensiero.

Ciò vuol dire che non necessariamente tale pensiero sia un'evoluzione combinata con quello che si potrebbe definire come *origine*<sup>44</sup>, ma al contrario, si vuole enfatizzare che senza quel modo di pensare, esso risulterebbe interamente pregiudicato.

In questo senso, partire dal punto storico, nel caso specifico, significa accettare il dialogo critico che si forma rispetto alle questioni fondamentali che toccano il pensiero economico e giuridico, i suoi legami e i suoi impegni teorici, sociali e istituzionali, servendo soprattutto a riconoscere, con *Irti*<sup>45</sup>, che il *mercato* è inteso come *locus artificialis*, appartenente sempre a un determinato ordine giuridico.

---

<sup>43</sup> Posner e gli altri *Chicago Boys*.

<sup>44</sup> KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2.ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

<sup>45</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5.ed. Bari: Laterza, 2004. Vedere pure: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*. 4.ed. Bergamo: BUR, 2007, p. 21.

Pertanto, messo in altri termini, si può affermare che se la *scienza del diritto* contemporaneo, oltre a dover smontare il proprio deficit filosofico-politico – creato dal *primo positivismo*<sup>46</sup> –, bisogna riconoscere l'importanza che le questioni economiche assumono nelle decisioni giuridiche; alla *scienza economica* diventa imprescindibile *recuperare* il proprio aggettivo politico<sup>47</sup> – anche se non espressamente posto – perché sia possibile trasmettere, analiticamente, le realtà economiche nell'ambito degli affari giuridici.

Tale asserzione, necessariamente, richiede una (de)composizione – sia giuridica, che economica, o meglio, giuridico-economica – in detrimento alla soluzione dei problemi sociali attraverso *sofisticati tecnicismi*.

In una *dimensione teorica*: assumere la complessità sociale non determina la perdita di risposte scientifiche; e neppure assumere il carattere della *scienza pura* mette in evidenza l'equilibrio e la certezza pretesi.

In una *dimensione politica*: stabilire la funzione<sup>48</sup> economica nel diritto, significa assumere democraticamente i presupposti identificati dalla volontà politica e tradurli nella forma giuridica, cioè, secondo una già precisa struttura e con un contenuto già specificato, la cui fusione si riassume nella comprensione della validità normativa che, a sua volta, è determinata dal paradigma costituzionale<sup>49</sup>.

Tuttavia, ciò che soggiace all'analisi economica del diritto, solidificata nel discorso economico neoclassico della neutralità del mercato, delle leggi naturali economiche e delle posizioni tecniche apolitiche, paradossalmente si rivela come una maschera di una chiara *scelta politica*<sup>50</sup>, svincolata, questo sì, dall'apparato istituzionale che caratterizza la *teoria giuridica basata sul sostrato della democrazia costituzionale*<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 1. Teoria del diritto. op. cit.*, p.38 e seg.

<sup>47</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p. 12.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007, p. XX.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 1. Teoria del diritto. op. cit.*, p.32 e seg.

<sup>50</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5.ed. Bari: Laterza, 2004.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 1. Teoria del diritto. op. cit.*, p.38 e seg.

## 2.1 - Le radici storiche del rapporto tra diritto ed economia (*politica*)

Esplicitamente, ciò che ha sostenuto la differenza e allo stesso tempo ha stimolato il rapporto tra diritto ed economia, da un lato, ha a che fare con i particolari cambiamenti legati al paradigma filosofico-scientifico nel quale si consolidarono le discipline; dall'altro, le specifiche storico-politiche che hanno stimolato lo sviluppo di quel paradigma.

Con l'avvento della *rivoluzione razionalista*<sup>52</sup> - dal quale si è avvalsa la rivoluzione borghese, la cui base si è strutturata in sintonia con la *legge naturale*, garante di un ordine perfetto, armonioso e giusto<sup>53</sup> - il pensiero filosofico-politico si è scollato dai suoi antichi legami teologici, permettendo così, la distinzione tra *filosofia e scienza* e, inoltre ed in particolare, elevando l'economia e il diritto allo status di discipline autonome.

Stimolata dalla comparsa del capitalismo - il cui indizio, sin dal principio, comprese *Adam Smith*<sup>54</sup>, nella misura in cui ha messo i rapporti di scambio come determinate e stimolate dai rapporti della produzione -, l'economia assunse le redini della *società civile* e, sostenuta *dall'ordine fisico e sovrano del mondo*, che è stata riconosciuta in quel contesto come *legge morale*, ha innalzato il proprio funzionamento autonomo, diretto, in modo categorico, sia contro il discorso *teologico-metafisico*, sia contro il discorso del *potere politico* regolatore dello stato<sup>55</sup>.

L'autorità non si insediò in modo sacro, secondo la *Grazia di Dio*, ma si istituì grazie alla *volontà* dei membri dello stato che, mediante la composizione di un'*assemblea generale*, stabilirono i presupposti necessari all'espansione degli interessi di una nuova classe sociale: *la borghesia*<sup>56</sup>.

In questi termini, la cosiddetta economia classica si collocò come economia politica, identificandosi come strumento scientifico, ma anche ideologico, che aveva lo scopo di smantellare l'egemonia della classe dominante feudale,

---

<sup>52</sup> BACON, Francis. *Ensaïos*. 3. ed. Lisboa: Guimarães editores, 1992. DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Bauru. Edipro, 1996.

<sup>53</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p. 16.

<sup>54</sup> SMITH, Adam. *La ricchezza delle nazioni*. 2.ed. Roma: Newton Compton Editori, 2005. P. 78 e seg.

<sup>55</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p 14 e seg.

<sup>56</sup> BLOCH, Ernest. *Diritto naturale e dignità umana*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 49.

proclamando la libertà di tutti gli individui<sup>57</sup>. Libertà questa che concepì lo Stato secondo i termini di una *pura ragione universale*, che combatteva sia il *peccato originale*, sia il *legislatore divino* – fondatori dell'*ordine gerarchica teologica* –, per collocare l'uomo come *uomo libero*, ma anche come *uomo d'affari*, l'imprenditore che sorse come simbolo del progresso, il rappresentante di una *nuova era*<sup>58</sup>.

Così il capitalismo dei classici inglesi, difeso come piano economico del *liberalismo*<sup>59</sup>, al contrario di quanto inteso dal senso comune, fu un forte strumento per lo smantellamento dello *status quo mercantilista* e rappresentò, nella sua essenza, la critica e l'ostacolo ai privilegi che erano concessi dallo *Stato feudale* ai grandi signori della terra, rappresentanti delle pratiche monopoliste dell'epoca<sup>60</sup>.

Ciò vuol dire, pertanto, che se il ruolo dell'economia politica classica era quello di trovare le leggi naturali da applicare ai rapporti sociali economici, il ruolo del diritto proteggendo e assumendo basi giusnaturaliste, era solo quello di preservare e permettere l'azione armoniosa delle leggi naturali che rappresentavano l'economia<sup>61</sup>.

Il diritto determinato dal paradigma giusnaturalista si basava sulle aspirazioni di un *cognitivismo normativo* – la cui pietra angolare era espressa dalla massima: *veritas, non auctoritas facit legem*<sup>62</sup>, in cui la validità giuridica dipendeva tassativamente dal binomio *razionalità/giustizia intrinseca dei propri contenuti* –, che riconosceva come *naturali e innati i diritti di proprietà, di iniziativa economica, di scambio volontario*<sup>63</sup>.

Tale presupposto rappresentò una forte carica eteronoma alla fondatezza del diritto, nella misura in cui si riconosceva la validità giuridica solo mediante

---

<sup>57</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p. 14. MUSU, Ignazio. Pensiero economico e diritto. Più teorie economiche, ma terreni comuni. In: CIOCCA, Pierluigi; MUSU, Ignazio. (a cura di). *Economia per il diritto*. Torino: Bollatti Boringhieri, 2006, p. 52.

<sup>58</sup> BLOCH, Ernest. *Op. cit.*, p.48 e seg.

<sup>59</sup> LOCKE, John. *The Works of John Locke in Nine Volumes*. 12. Ed. London: Rivington, 1824. Specialmente vol. 4. Disponibile su: <http://oll.libertyfund.org/title/763>. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli Editore, 2006.

<sup>60</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p. 20.

<sup>61</sup> MUSU, Ignazio. *op. cit.*, p.52.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo Penale*. 8.ed. Roma-Bari, 2004, p. 17.

<sup>63</sup> MUSU, Ignazio. *Op. cit.*, p.52.

criteri preventivamente stipulati dalla *filosofia politica*<sup>64</sup>, a sua volta stabilita come *la forza di costruzione razionale generale*<sup>65</sup>, la cui legittimità veniva tracciata dall'*ordine naturale* e determinava i limiti dell'antitesi rivelata dalla dicotomia: *libertà - economia - contra o potere - dello stato*<sup>66</sup>.

Economia e diritto camminavano, pertanto, strettamente vincolati al *paradigma filosofico-politico* soggiacente a entrambi. Avevano però campi d'azione chiaramente differenti: l'economia - vista come *analisi scientifica dell'evoluzione economica della società*<sup>67</sup> -, avrebbe permesso il progresso attraverso i rapporti di produzione capitalista, nella misura in cui conciliava l'ideologia borghese - riformatrice - agli interessi degli strati popolari; il diritto - *diritto naturale a carattere antropologico*<sup>68</sup> -, in quanto inserito in un sistema di norme previamente intese come *vere e/o giuste*, stabilite mediante i criteri dell'*ordine naturale*, serviva a proteggere e garantire i presupposti necessari allo sviluppo dell'economia capitalista.

È esistita chiaramente una simbiosi *politico-filosofica e socio-istituzionale* che ha reso protagonista la nascita del rapporto tra le discipline *diritto* ed *economia*, cioè, il diritto e il suo sistema di regole è stato inteso come presupposto essenziale all'economia; una condizione imprescindibile al funzionamento del sistema economico che, nonostante adottasse come tecnica idonea quella delle sanzioni negative, aveva, già nel XIX secolo, funzioni *protettive*, oltre che *repressive*<sup>69</sup>.

Tuttavia, tutto l'ottimismo utilizzato verso l'ordine naturale del mercato, fondato sull'idea di un mondo continuo, accelerato dal progresso materiale e morale<sup>70</sup>, è diventato discutibile nella misura in cui la borghesia ha assunto il posto di classe egemonica.

---

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 2. Teoria della democrazia*, op. cit., p. 32.

<sup>65</sup> BLOCH, Ernest. *Op. cit.*, p.49.

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, op. cit., p. VIII.

<sup>67</sup> NUNES, António José Avelãs. *Op. cit.*, p.22.

<sup>68</sup> HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p.45.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione...* op. cit., p. 22. CAPPIELLO, Stefano. L'interazione tra economia e diritto. In: CIOCCA, Pierluigi; MUSU, Ignazio. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>70</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p.3.

La classe borghese, nella misura in cui si riconosceva come detentrica del potere politico, poco a poco rendeva sempre più nitida la propria proposta ideologica. La *rivoluzione politica*, che le classi popolari speravano, fu messa da parte. Il termine *rivoluzione* è stato inteso, a partire da questo momento, come *rivoluzione industriale*<sup>71</sup>, i cui presupposti erano già stati stabiliti sulla base del *capitalismo come sistema sociale definitivo* in cui le leggi economiche erano quelle tracciate dal presunto *ordine naturale*<sup>72</sup>.

Nonostante l'economia politica classica avesse riunito a sé la rappresentanza della struttura economica, del sistema scientifico, il suo sistema di astrazione ha avuto successo solo nel periodo in cui il capitalismo è apparso come la nuova struttura dell'economia. Con il passare del tempo, tuttavia, quelle stesse astrazioni che si mostravano politicamente e teoricamente propizie, cominciarono a rivelarsi inadeguate di fronte ai cambiamenti qualitativi per i quali è passato lo stesso sistema economico<sup>73</sup>.

Detto con altre parole, come *teoria dello sviluppo economico*, la cui lettura era essenzialmente antistorica, stabilita mediante una validità eterna, l'economia classica mise in discussione la costruzione di una dinamica economica; come *teoria della politica economica*, il classicismo, basato sulla filosofia politica di *Locke*, ha cercato protezione nel diritto naturale di proprietà applicando le specifiche dell'ordine naturale ai fatti reali del mondo e, con ciò, causando un disaccordo alla possibilità d'interpretazione egualitaria della società<sup>74</sup>.

In questo senso con la comparsa della coscienza proletaria, che ha marcato l'inizio della lotta di classe, si accentuò drasticamente la scissione dell'economia politica classica, come scienza che studiava i rapporti economici tra gli uomini: la *produzione* si separò dalla proposta ideologica del progresso politico; *l'economia politica* diventò un artefatto a difesa degli interessi della classe dominante<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Idem. *Ibidem.*, p.4.

<sup>72</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p. 28.

<sup>73</sup> ROLL, Eric. *A History of Economic Thought. op. cit.*, p. 199.

<sup>74</sup> ROLL, Eric. *A History of Economic Thought. op. cit.*, p. 200-1.

<sup>75</sup> NUNES, António José Avelãs. *op. cit.*, p.24-5. MARX, Carl. *Il capitale. Critica dell'economia politica*. 4.ed. Roma: Newton, 2008, in particolare: Poscritto alla seconda edizione, p. 45.

*Riforma e rivoluzione*<sup>76</sup> furono i termini trovati per la ristrutturazione o per la rottura del sistema capitalista. Il conflitto si mostrò inevitabile, soprattutto per le interpretazioni previste, all'interno dello stesso sistema, per la comparsa dell'utilitarismo, che si dirigeva sempre più verso la ricerca dell'uguaglianza tra ricco e povero, sulla base della proposta presentata da *Bentham* e sviluppata dai suoi seguaci<sup>77</sup>, di una legge matematica di indifferenza che aveva l'obiettivo di favorire l'uguale distribuzione della ricchezza nella società, da un lato; dall'altro, la coscienza presentata da *Marx* che, partendo dalla tradizione classica, mise in evidenza il *carattere sociale dell'uomo* e la essenza eminentemente esploratrice del capitalismo<sup>78</sup>.

Si formarono, così, da una parte la *critica rivoluzionaria* stabilita da Marx<sup>79</sup>, che pose lo scopo *dell'economia politica* al di fuori dell'analisi del rapporto dell'uomo con la natura, ma come elemento determinante per stabilire il rapporto degli uomini nel processo di produzione; dall'altra parte, le reazioni all'interno dello stesso sistema liberal capitalista in cui le *teorie dell'economia volgare*<sup>80</sup> offrivano strumenti per raggiungere una pretesa riforma dell'*economia politica classica*.

La discussione prese direzioni diverse e si stabilì in un altro elemento, ragione dell'economia e del diritto: *la fondatezza del diritto della proprietà*<sup>81</sup>, prezzo pagato dal capitalismo per la sua manutenzione, che si separò dalle proprie radici assolute e venne condiviso nei discorsi sia politici che economici. Il diritto stabiliva delle regole, l'economia influiva politicamente e giuridicamente.

Fu a questo livello che presero forma nuovi studi per indicare che i luoghi iniziali del percorso che ha portato alle aspirazioni e all'inizio del movimento

---

<sup>76</sup> ROLL, Eric. *op. cit.*, p. 199.

<sup>77</sup> MILL, John. *The Principles of Political Economy with some of their applications to social philosophy*. Disponibile online su: <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/mill/prin.htm>. In particolare: Book 2 - Distribution Chapter 1 - Of Property, p. 138 e seg. Vedi, anche, i critici socialisti inglesi nell'opera di ROLL, Eric. *op. cit.*, p. 245-50.

<sup>78</sup> MARX, Carl. *Para uma crítica da economia política*. Disponibile online su: LivrosGrátis/paraumacritica.htm.

<sup>79</sup> MARX, Carl. *Para uma crítica da economia política*, *op. cit.*

<sup>80</sup> Idem., *Ibidem*.

<sup>81</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il diritto terribile. Studi sulla proprietà privata*. 2.ed. Bologna: Mulino, 1990, p. 16 e seg.

dell'*analisi economica del diritto* hanno riferimenti più antichi, che attraversarono l'Atlantico e arrivarono alla parte continentale del globo<sup>82</sup>.

### 2.1.1 - L'esempio privilegiato della *Staatswissenschaft* per una *New Science of Law*

Verso la metà del XIX secolo, in Europa esistevano studi che volevano creare una miglior forma di cognizione del diritto, in cui il sistema giuridico sarebbe in grado di comprendere, nella misura in cui utilizzasse, al suo interno, concetti e metodi economici, i motivi per i quali le previsioni legali - dirette alla produzione e al consumo di beni e servizi, cioè, al diritto contrattuale, al lavoro e, in particolare, al diritto di proprietà - acquisirono forme specifiche secondo il tempo e il luogo nei quali venivano tracciati e, a partire da ciò, imponevano all'organizzazione politica e sociale determinate condotte<sup>83</sup>.

Questo era il punto fondamentale esposto dalla *New Science of Law*, alla quale facevano parte la *German* e la *English Historical School* e, successivamente, l'*American Institutional School*.

Una corrente inizialmente sviluppata tra gli economisti tedeschi e che prese corpo anche nelle scuole giuridiche, a partire dall'influenza delle opere di *Karl Marx*, della fine del XIX secolo<sup>84</sup>.

In modo preciso, il capovolgimento articolato dalla *New Science*, che ristrutturò meticolosamente il modo di pensare le implicazioni esistenti tra diritto ed economia, avvenne in virtù del peculiare contributo dato dalla *German Staatswissenschaft Tradition*<sup>85</sup>, il cui precursore, *Herman Conring*<sup>86</sup>, già nel XV secolo,

---

<sup>82</sup>PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics: the economists' New Science of Law, 1830-1930*. NY: Cambridge University Press, 1997. MACKAAY, Ejan. *op. cit.* p. 69-71.

<sup>83</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. 6.

<sup>84</sup> MACKAAY, Ejan. *op. cit.* p.69.

<sup>85</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p.21.

<sup>86</sup> WIEACKER, Franz. *A history of private Law in europe with particular reference to Germany*. NY: Oxford University Press, 1995, p.160-1.

difendeva la necessità di una concezione storica e dell'adeguato studio dei sistemi politici per l'elaborazione del raziocinio giuridico<sup>87</sup>.

Il pensiero evoluzionista<sup>88</sup> sviluppato nelle università tedesche rafforzò la percezione dell'inevitabile mutamento delle strutture sociali e, in questo senso, affrettò la necessità dell'approssimazione delle discipline – diritto ed economia – che inizialmente furono associate al curriculum accademico della *Staatswissenschaft* – scienza dello stato<sup>89</sup> –.

La *Staatswissenschaft* fu una dottrina che crebbe esponenzialmente presso l'Università di Göttingen – dove si diffuse anche la moderna concezione di *Staatsrecht*, *Staatenkunde* e *Statistik* – ed era praticata sotto un punto di vista enciclopedico, comparativo e storico, che possedeva nella chiarezza cartesiana e nella minuziosità della storiografia convenzionale i propri punti chiave di effettuazione<sup>90</sup>.

Le orientazioni di Göttingen<sup>91</sup> apportarono la struttura della storia sociale come supporto teorico allo sviluppo dell'economia politica, impregnandola con un carattere più empirico e umanista.

In questo senso la *scienza dello stato*, che originariamente era basata sulla filosofia idealista di Hegel, soffrì un cambiamento intellettuale e fu nuovamente articolata secondo le spiegazioni provenienti dal suo rapporto con i *mutamenti economici*<sup>92</sup>.

Lo *Stato*, sotto questo punto di vista, stava progressivamente occupando il posto centrale dell'evoluzione sociale e *l'evoluzione dello Stato* era intesa secondo

---

<sup>87</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. vii e 21.

<sup>88</sup> BURROW, J. W. *Evolution and Society*, 1966.

<sup>89</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. VII. BARROW, Clyde. When Political Science Was Not a Discipline: Staatswissenschaft and the Search for a Method of Economic Interpretation. *Annual meeting of the Western Political Science Association*. Marriott Hotel, Portland, Oregon, Mar 11, 2004. Disponibile su: [http://www.allacademic.com/meta/p88082\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p88082_index.html).

<sup>90</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. 21.

<sup>91</sup> IGGERS, George G. *New Directions in European Historiography*. Middletown: Wesleyan University Press, 1975, p. 15.

<sup>92</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 10.

*l'evoluzione del diritto* e questi, trovava nelle trasformazioni economiche la propria spiegazione<sup>93</sup>.

La *scienza politica*, articolata come *scienza dello stato* e sottolineata dai discorsi storici che prendevano forma dalla comprensione dello Stato come evoluzione politica, cercava di stabilire le proprie basi nel rapporto tra *politica, diritto ed economia* perché fosse possibile, a partire da questa affinità, la formazione di un'*identità sostanziale*<sup>94</sup>, basata in un *metodo scientifico unico*<sup>95</sup>.

Tra quelli che si lanciarono in questa nuova concezione accademica è necessario evidenziare il ruolo svolto da *Justus Möser*<sup>96</sup>, responsabile per la funzione della *German Historical School of Economics*, ancora nel XVIII secolo<sup>97</sup>. In questo senso, il discorso storicizzato delle scienze sociali, che ha trovato nell'*economia politica* il suo mezzo di diffusione e che si è rafforzato nella disciplina della *Staatswissenschaft*, fu ampliato dalle ricerche di *Georg Hanssen*, rispetto alla necessaria considerazione di una razionalità limitata; *Friedrich List*, che diffuse l'importanza delle istituzioni pubbliche per lo sviluppo della forza di produzione individuale; e *Wilhelm Roscher*, la cui peculiarità si ebbe nella constatazione che ogni specificità storica si sviluppava come un ciclico presupposto essenziale, influenzando l'organizzazione e la ricchezza delle nazioni<sup>98</sup>.

È opportuno evidenziare l'importante spostamento avvenuto nella prima metà del XIX secolo, visto che le questioni relative all'analisi del diritto fino a quel momento, partendo dal punto di vista della teoria economica, erano lasciate in secondo piano.

---

<sup>93</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 10 e seg.

<sup>94</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 10 e seg.

<sup>95</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 10 e seg.

<sup>96</sup> WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 283.

<sup>97</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p. 22.

<sup>98</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p. 25.

Come precedentemente detto, la teoria economica a quel tempo si limitava a comprendere gli effetti causati al sistema economico dal sistema legale. La premessa considerata era: *il diritto esiste e deve essere rispettato*<sup>99</sup>.

Tre congiunture imposero una forte influenza alla manutenzione di questa premessa: a) la prima, determinata dagli *economisti classici*, che svincolavano gli studi del progresso e della ricchezza sociale dalle questioni relative alle origini o alla legittimità del diritto<sup>100</sup>; b) la seconda, in conformità con la prima, che riconosceva *il diritto come un dato naturale*, associato alla normatività dei criteri etici; c) la terza, ancora mantenendo il criterio di scienza etica dei diritti, però liberandosi dalla ragione metafisica naturale e, così, stabilendo *il diritto come un artefatto sociale*, ma un problema normativo appartenente solo alla scienza morale<sup>101</sup>.

Tuttavia, a partire da quelle nuove ricerche motivate dagli economisti tedeschi, che spostarono il discorso dall'economia politica per spiegare storicamente il funzionamento delle regole sociali in generale e del diritto in particolare, da un lato; e dagli stretti vincoli prodotti dalla *rivoluzione politica* del 1848<sup>102</sup>, in cui il *movimento proletario* confrontò l'egemonia del liberalismo moderno, dall'altro, vi fu la comparsa della *New Science of Law* come possibilità per sviluppare una scienza distinta dei diritti, cioè, una diversa concezione di quella in vigore sino a quel momento - e ancora difesa dall'*ordine liberale* -, cessando di presentare argomenti dei diritti naturali dell'uomo, la cui enfasi era in sintonia con una concezione di *giustizia intrinseca*, per legarsi all'idea di *progresso economico* come *valore sociale*, senza tuttavia rinunciare a una proposta conservatrice che identifica tale *valore sociale* nella manutenzione dello *status quo*<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. 7.

<sup>100</sup> SAY, Jean-Baptiste. *A Treatise on Political Economy; or the Production, Distribution, and Consumption of Wealth*. Canada: Batoche Books, 2001, p. 30 e seg.

<sup>101</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. 14-8.

<sup>102</sup> MARX, Karl; ANGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Disponibile su: [file:///C:/site/livros\\_gratis/manifesto\\_comunista.htm](file:///C:/site/livros_gratis/manifesto_comunista.htm), 2001.

<sup>103</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.* p. 24.

L'asserzione fondamentale posta dalla *New Science* era quella nella quale una soluzione economica adeguata, il cui obiettivo avesse lo scopo di analizzare il problema della produzione, del consumo, del contratto o della proprietà, avrebbe dovuto avere come necessario presupposto il *riconoscimento delle regole*, oltre alle altre variabili economiche<sup>104</sup>.

Secondo la tesi difesa dal movimento, il diritto e, di conseguenza, la proprietà privata erano storicamente indicati e disimpegnavano una funzione differente in ogni tipo di società<sup>105</sup>, cioè, il sistema giuridico era contingente e il presupposto del suo adeguamento era vincolato a una determinata condizione economica e culturale<sup>106</sup>.

In questo senso, qualsiasi alterazione e/o spostamento relativo ai diritti della proprietà necessariamente avrebbero causato inevitabili conseguenze alle condizioni economiche in generale.

Il progressivo assestamento metodologico attraverso il quale passò *l'economia politica*, perché fosse possibile portare nel campo dell'analisi economica un'ampia perlustrazione dei rapporti sociali che permettessero, inoltre, lo studio delle origini delle forze giuridiche – in una prospettiva di un *fenomeno storico* che dipendeva dalla composizione tra *tempo* e *luogo*, instabile, determinata come *artefatto delle cultura* –, non solo adeguò le ricerche sul diritto, sull'economia e politica sotto un unico punto di vista, ma rafforzò l'idea secondo la quale la proprietà sorge come una conseguenza della legge, non come una causa<sup>107</sup>.

Il cambiamento storico stimolato dalla *German Historical School* si diffuse in diverse parti dell'Europa, nella misura in cui servì a ristrutturare sostanzialmente *l'ordine liberale*; cioè, ruppe con il fondamento della sacralità della proprietà privata, poiché in contraddizione con la stessa evoluzione della storia, e

---

<sup>104</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p. 6.

<sup>105</sup> WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 284.

<sup>106</sup> MACKAAY, Ejan. *op. cit.* p.69.

<sup>107</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.25.

articolò nuovamente i legami liberali secondo gli argomenti del *progresso economico*<sup>108</sup>.

Detto in altro modo, con il riconoscimento delle strette diversità nazionali, soprattutto per quanto riguarda le questioni che alludevano ai regimi della proprietà privata, si mostrò insufficiente, ai sistemi legali, unire il fondamento del diritto di proprietà ai principi di giustizia intrinseca dei diritti individuali.

Fu ben più adatto, sotto quest'aspetto, riconoscere la completa diversità dall'origine del diritto da un punto di vista generale e, così, liberarlo da un unico *fondamento* metafisico di giustizia naturale, per *giustificarlo* secondo il *fine comune dell'utilità sociale*<sup>109</sup>.

La *New Science of Law*, con l'argomento secondo il quale non si dava fondamento alle origini del diritto, ma invece di giustificare i suoi scopi sociali, promosse lo sviluppo di una storiografia scientifica come mezzo per consentire la comprensione del sistema sociale nel suo insieme, il cui concetto si diffuse lungo il XIX secolo, prima in Germania, poi in Inghilterra con una visione comparativa e antropologica<sup>110</sup> e, inoltre, dal punto di vista istituzionalista, negli Stati Uniti<sup>111</sup>.

Così, nella misura in cui le innovazioni proposte dalla *German Historical School* venivano coltivate, alcuni circoli di intellettuali furono influenzati, aderendo e, in questo modo, dando sempre maggior corpo alle prospettive di un ampio interscambio tra il diritto e l'economia politica nella formazione di una *New Science of Law*, nella misura in cui ebbe inizio l'intendimento secondo il quale il diritto era contingente, vincolato soprattutto alle condizioni sociali in cui si sviluppava.

È opportuno mettere in risalto, rispetto a quanto sopraccitato, che lo sviluppo della *German Historical School* ebbe propensioni nell'ambito dell'economia al condizionamento del diritto, grazie al sostegno ricevuto dalla

---

<sup>108</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.25.

<sup>109</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.26.

<sup>110</sup> Soprattutto secondo il punto di vista di Maine, più avanti elucidato.

<sup>111</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.25. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *op. cit.*, p.101-8.

costruzione della *teoria dello Stato* sviluppata in Germania<sup>112</sup>, a partire dall'idea del diritto *pubblico soggettivo*<sup>113</sup>, nella cui base di autorità statale fondava la – e non era fondata da – concezione di libertà.

Furono molto diverse le unioni che ebbero un effetto sul potere pubblico a causa della Rivoluzione Tedesca del 1848 in confronto a quella francese del 1789, nella misura in cui questa, sulla base dei diritti fondamentali elencati nella sua dichiarazione, fece in modo di vincolare il movimento dello Stato alla tutela dei diritti dell'uomo; mentre quella comprese che lo stato serviva a modificare la sfera dell'esercizio dei diritti privati. In realtà la concezione del diritto era inserita nella legge dello Stato, dato che la libertà si basava sul limite stabilito dalla legge stessa. Era, riassumendo, *una libertà posta sulla base dell'autorità dello stato*<sup>114</sup>.

2.2. – Le forze paradossali del continente europeo: diritto, economia e politica di fronte alle *riforme paradigmatiche* socio-istituzionali. Le radici del movimento

Il capovolgimento che provocò il passaggio da uno *Stato di Diritto* a un *Diritto dello Stato*<sup>115</sup>, elevò e portò all'epoca d'oro la proposta della *New Science of Law*. Lo straordinario sviluppo economico del periodo ebbe una ripercussione nel comprendere che il diritto era il diritto dello Stato, coniugando politica, diritto, Stato ed economia. L'aspetto paradossale che si vuol far notare, tuttavia, è che i membri della scuola storica dell'economia, formati soprattutto a *Göttingen*, erano

---

<sup>112</sup> Sullo Stato di Diritto che si sviluppò in Germania vedi: COSTA, Pietro. Lo Stato di diritto: un'introduzione storica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo stato di diritto. Storia, teoria e critica* 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 89-160. GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 35 e seg. RITTER, Gerhard A. *Storia dello Stato sociale*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 61 e seg.

<sup>113</sup> GERBER, Carl Friedrich Wilhelm Von. Sui diritti pubblici e Lineamenti di diritto pubblico tedesco. In: *Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 3-87 e 89-213. Vedi, per tutti, la critica di FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 955. Anche l'elucidazione di GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti...*, op. cit., p. 46.

<sup>114</sup> GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti...*, op. cit., p. 34.

<sup>115</sup> GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti...*, op. cit., p. 46. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 118 e seg. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 253 e seg.

liberali e non avevano conclusioni politiche reazionarie, mentre la scuola storica del diritto difendeva con forza l'idea della conservazione dello *status quo*<sup>116</sup>.

In realtà esisteva una divergenza rispetto alla comprensione dello stesso metodo storico, le cui basi, ovviamente, erano dirette e portavano a fini diversi.

Più precisamente gli studi di *Friedrich Carl von Savigny*<sup>117</sup> provocarono un allentamento nella concezione dell'economia politica di *Göttingen*, mentre le idee di *Rudolf von Jhering*<sup>118</sup> - quest'ultimo già nella seconda fase del suo pensiero - contribuirono in qualche modo all'espansione di quell'*idea storicista*.

In qualsiasi modo, per entrambi, l'*ordine giuridico* non era un fenomeno astratto e fisso, ma una variabile che si rapportava e coesisteva con il progresso dei diversi fattori sociali<sup>119</sup>; era inteso e sviluppato secondo la tradizione di una determinata società, il che non significava pertanto, che potesse essere trasferito e applicato in maniera indistinta e assoluta a qualsiasi livello in cui si trovasse la società.

La tesi *organicista*, secondo la quale la corrente storica prese forza - che cercava nel diritto vivo, organico e sempre in evoluzione, una nuova base alla razionalità giuridica -, non fu rifiutata dalla scuola storica del diritto, al contrario, essa sostenne la *ratio iuris histórica* come una base di legittimazione dell'ordine legale.

Anche *Savigny*, che è stato uno dei grandi responsabili di questa costruzione, non smise di vincolare il diritto all'espressione della cultura che si sviluppava secondo lo spirito di ogni popolo - *volksgeist*<sup>120</sup> -, e di adeguarlo, in qualche modo<sup>121</sup>, alle linee del *Romanticismo* che impregnavano l'ambiente tedesco dell'epoca.

---

<sup>116</sup> ROLL, Eric. *A history of Economic Thought.*, op. cit., p. 305.

<sup>117</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968, p. 201 e seg.

<sup>118</sup> IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del Derecho Romano*. Buenos Aires: Revista do Occidente, 1947. IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 5.ed. São Paulo: RT, 2008.

<sup>119</sup> INGRAM, John Kells. *A History of Political Economy*, 1888, p. 80. Disponibile su: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>.

<sup>120</sup> WIEACKER, Franz. op.cit.,p. 285.

<sup>121</sup> WIEACKER, Franz. op.cit.,p. 286-7

Dato che il diritto fu creato spontaneamente dal *Volksgeist*, il pensatore tedesco refutava la possibilità di un'immediata codifica del diritto germanico. Secondo egli, esisteva un'incompatibilità interna tra il diritto – prodotto spontaneo dello spirito del popolo – e l'espressione dell'arbitrio *a priori* del potere sovrano, in quel caso il potere del legislatore<sup>122</sup>.

Si può affermare ampiamente che la *Scuola Storica del Diritto* si oppose all'idea della codifica vincolata al *positivismo esegetico* francese, ritenendo che il *razionalismo giusnaturalista illuminista* del XVIII secolo non si dimostrava in grado, paradossalmente, di sostenersi come scienza. Era molto difficile, secondo gli accademici storici, vincolare il carattere scientifico del diritto a un'autonomia razionale universale che potesse essere modificata a ogni semplice espressione della volontà del legislatore<sup>123</sup>.

Le discussioni in merito alla codifica del diritto tedesco, che portarono alla celebre disputa tra *Thibaut* – rappresentante del *tardo giusrazionalismo* – e *Savigny* – vincolato all'idea di un *giusrazionalismo storicista* –, furono una specie di dibattito sulle basi razionali del diritto. Il primo difendevano la codifica che suppostamente avrebbe portato, partendo dai principi formulati secondo la ragione e applicabili universalmente, all'unificazione politica e giuridica della Germania; il secondo, in contropartita, si avvaleva dell'argomento per cui la codifica avrebbe immobilizzato il diritto, il cui sviluppo si sarebbe ottenuto solo attraverso lo stimolo alla cultura giuridica del popolo tedesco<sup>124</sup>.

Risultò evidente, in qualsiasi caso, la nuova forza che sorse con la proposta di sistemizzazione storica degli studi giuridici promossa dal movimento, dato che per

---

<sup>122</sup> ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo: lezioni e documenti*. Torino: Giappichelli editore, 2007, p. 286. SANTOS JUSTO, António. *Historia do pensamento jurídico. Disciplina de Tópicos Especiais - Programa de Pós-graduação em Direito Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 15.

<sup>123</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 313.

<sup>124</sup> WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 279 e seg.

mano di *Savigny* si riuscì a ritardare di circa cent'anni la pubblicazione del *Codice Civile Tedesco*, confrontandolo con quello francese<sup>125</sup>.

Chiaramente gli storicisti giuridici convergevano nell'opinione secondo la quale la società non era ancora preparata alla codifica. Per la *Scuola Storica*, perfezionare il diritto alla società che sorgeva e riformare l'ordine legale, doveva accadere prima di qualsiasi ipotesi di codifica.

Però *Savigny* sosteneva, in particolare, che questo adattamento e la riforma del diritto doveva prendere in considerazione gli studi approfonditi svolti dalla tradizione romana per, solo dopo, adeguarla alle peculiarità tedesche.

Il *costume*, quindi, fu definito come unica fonte del diritto, lasciando alla scienza giuridica solo due funzioni: a) comprendere il contesto storico, il cui intento sarebbe esclusivamente quello di determinare i significati normativi che dovrebbero gestire la convivenza sociale – *momento storico*; b) adeguare alla comprensione del momento storico a concetti giuridici – *momento scientifico*<sup>126</sup>.

Sorgono, in questo senso, le seguenti domande: a) quando si parla di costume, di quale costume si parla? b) *Questo momento scientifico* non va verso il *metodo storico* delineato e concepito come il grande capovolgimento fornito dal movimento all'epoca?

Tuttavia, fu questa decisione la responsabile per l'ampliamento di una divergenza interna che, poco a poco, si formò tra gli adepti del metodo storico in generale, cioè, legare il *momento storico* a concetti giuridici che già erano preventivamente fissati, metterebbe in rischio *lo sviluppo organico del sistema sociale*.

Oltre a ciò, avvalersi delle idee delineate dal *sistema classico dei diritti* per progettare una specie di *Immanentismo sovranazionale*, allontanando la demagogia della legislazione e, così, con altri mezzi, garantire il rinnovamento scientifico del

---

<sup>125</sup> MOSCATI, Laura. Insegnamento e scienza giuridica nelle sperienze italiane preunitarie. In: LIOTTA, Filippo. *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*. Bologna: Monduzzi Editore, 1999, p. 290-1.

<sup>126</sup> SANTOS JUSTO, António. *op. cit.*, p. 15.

diritto, come volevano alcuni storicisti, avrebbe portato alla perdita di comprensione della realtà sociale e avrebbe messo il movimento in forte contraddizione<sup>127</sup>.

In questo senso, è imprescindibile riconoscere, in qualche modo, una specie un adeguamento dello *storicismo giuridico* comandato da Savigny ad alcune tesi chiaramente vincolate alla *Scuola Pandettista*, dato che si è avvalso di determinate concezioni fortemente disposte al *diritto romano* per essere adeguate alle specificità della cultura tedesca; e inoltre l'epistemologia kantiana, nella misura in cui considerò la conoscenza come rigorosamente razionale perché fosse possibile la giustificazione della seconda funzione della scienza giuridica, cioè, la precisione del *momento scientifico*<sup>128</sup>.

Bisogna riconoscere che il pensiero giuridico costruito da Savigny ha introdotto una forte carica della cultura classica alle ristrette idee pragmatiche sviluppate dalla *Göttingen Aufklärer*, soprattutto rispetto alle specificità empiriste che componevano il *metodo storico comparativo*<sup>129</sup>. O meglio, considerando l'influenza non solo di Möser e Hugo, ma anche di Herder e Burke, Savigny promosse un adeguamento della comprensione della tradizione a determinate *concezioni romaniste* rispetto al diritto<sup>130</sup>

Ciò che chiaramente avvenne, fu un'ampia divergenza all'interno della Scuola Storica rispetto alla comprensione dell'idea di tradizione storica, poiché, nella misura in cui per alcuni - Romanisti - la tradizione si riferiva a quella coltivata dai giuristi tedeschi del Tardo Medioevo e dei secoli moderni, pertanto colta dalla concezione del diritto comune; per altri - Germanisti - la tradizione era intesa attraverso il costume tedesco ed era vincolata alle leggi germaniche dell'Alto Medioevo.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 312-13.

<sup>128</sup> WHITMAN, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 215 e seg. WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 303 e seg. SANTOS JUSTO, Antônio. *op. cit.*, p.15.

<sup>129</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa: dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Mulino, 2007, p. 506.

<sup>130</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.28-9

<sup>131</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. *op. cit.*, p.505.

Così, mentre *Savigny* e i suoi seguaci Romanisti riconoscevano ogni società come un organismo in cui il diritto si sviluppava a partire da un'operazione interna e silenziosa del potere, il cui ruolo del giurista consisteva nel comprendere la cultura giuridica che proveniva dalla tradizione romana per, successivamente, rigenerarla in sintonia con le specificità locali; la visione Germanista, promossa dal pragmatismo sviluppato a *Göttingen*<sup>132</sup>, riteneva che la società era una larga interconnessione di interessi e il diritto si formava arbitrariamente a partire da questo processo.

Non bastava articolare giuridicamente quello che era compreso come tradizione, era necessario, in primo luogo, capire la tradizione come progetto, vincolata alla storia di un popolo per, successivamente, articolare il diritto come elemento fondamentale della realizzazione umana, presente in tutti gli aspetti dei rapporti interpersonali<sup>133</sup>.

A partire dalle sue discussioni interne il movimento storico, il cui scopo metodologico era quello di dare impulso all'unione del *razionale* con l'*obiettivo*, vincolò il diritto alla storia e alla società, comprendendolo, in questo modo, come il mezzo adatto a realizzare la connessione dello sviluppo dei cittadini con lo stato e, inoltre, a promuovere i valori culturali della nazione.

Però è necessario riferire che la minuziosità delle ricerche *empiriche e storiche* promosse da due dei più importanti *Germanisti* dell'epoca, *Georg Beseler* e *Jakob Grimm*, a proposito delle peculiarità economiche e geografiche che influenzavano il diritto privato tedesco, introdussero lo sviluppo delle analisi future politiche e istituzionali legate all'idea del diritto come artefatto della cultura<sup>134</sup>.

Con il riconoscimento della tesi *Germanista* - e il suo conseguente stimolo a identificare e congetturare l'ordine legale, partendo dalle derivazioni sociali che la determinavano -, ma specialmente con i nuovi contributi di *Rudolf Jhering*, la cui ristrutturazione del pensiero si diresse verso un'armonia tra *l'analisi giuridica* e

---

<sup>132</sup> IGGERS, George G. *op. cit.*, 16-7.

<sup>133</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.28-9.

<sup>134</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.28-9.

la giustificazione *sociologico-pragmatica*, fu che l'aspetto dato alle analisi del diritto privato cambiarono gradatamente di percorso, cioè, esse iniziarono a riconoscere, ad assolvere e a inglobare l'intrinseco carattere sociale assunto dalla proprietà e, a partir da ciò, a crescere secondo questa necessaria considerazione<sup>135</sup>.

L'importanza della dimensione non assoluta del diritto della proprietà – determinata dalla sua imprescindibile giustificazione di fronte al contesto sociale in questione – attrasse sempre più l'interesse giuridico per l'analisi economica delle istituzioni e stimolò il modo di pensare economico delle peculiarità dei circoli che, in altri periodi, erano considerati strettamente giuridici.

In Inghilterra, *Henry Sumner Maine* – uno dei responsabili per l'espansione delle basi della *Scuola Storica Tedesca*, senza tuttavia accogliere quella fede romantica del *Volksgeist*, ma rafforzato da un approccio comparativo e antropologico –, indicò l'importanza di considerare le opinioni e le necessità di ogni contesto sociale per la costruzione di un adeguato sistema giuridico<sup>136</sup>.

Secondo *Maine*<sup>137</sup> le *società progressiste*, le loro necessità e opinioni, erano sempre poste prima del diritto, pertanto discutere storicamente le istituzioni, secondo lui, era di fondamentale importanza perché fosse possibile comprendere giuridicamente lo stato in cui si trovava ogni particolare situazione.

Come gli altri studiosi dell'epoca, l'utore inglese non riteneva più che le categorie sviluppate dal diritto classico fossero in grado di spiegare in modo soddisfacente, l'evoluzione giuridica della società. Ossia, credeva nel progresso della civiltà come mezzo adatto a considerare il diritto civile come guardiano degli obblighi individuali e rompere con la sua base classica di dipendenza familiare basata sul concetto dello *status*.

Unire la possibilità di dare un trattamento storico alle scienze, senza smettere di proteggere e rafforzare la sua capacità esplicativa e razionale, fece in

---

<sup>135</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p.28-9. WIEACKER, Franz. *op. cit.*,p.357.

<sup>136</sup> MAINE, Henry Sumner. *The effects of Observation of India on Modern European thought*. Lecture: Maine, 1876, p. 221 e seg.

<sup>137</sup> MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. Boston: Beacon, 1963, p. 15 e seg.

modo che il movimento storicista, in qualche modo, rispondesse alle aspirazioni politiche europee della seconda metà del XIX secolo, incorporando all'ordine giuridico le istanze sociali e favorendo la comprensione della realtà dinamica del diritto, senza tuttavia smettere di difendere l'ordine liberale borghese.

Era necessario, pertanto, stabilire dei principi originali – superando le antiche formule della *filosofia critica* che erano legate alla concezione di *libertà assoluta* –, che portassero con sé soprattutto un'adeguata proposta di (ri)costruzione, garantendo inoltre e in particolar modo, la manutenzione del sistema capitalista<sup>138</sup>.

Detto in altre parole, era determinante ripensare l'idea moderna del *diritto soggettivo* – che poneva *la cosa* nell'ombra del proletariato nella sua pienezza astratta e individuata – per poter terminare con la diversità fenomenologica che si creava<sup>139</sup>.

La purezza statica della proprietà costruita sull'individuo e per l'individuo dovette essere riformulata, cioè, non poteva più partire dal vecchio soggetto del diritto civile – liberato da qualsiasi impatto economico o sociale –, ma bensì da sé stessa, dalla cosa, riconoscendo tutta la concretezza strutturale che gli compete e la sua stessa realtà dinamica<sup>140</sup>.

Lo Stato, rassegnandosi dinanzi ai nuovi corollari scientifici, della natura e del ruolo del diritto<sup>141</sup>, ha cercato di mettere il proprietario di fronte alla necessità di render conto di determinate *esigenze funzionali* – specificità economiche e sociali –, facendo in modo che le basi poste dalla(e) teoria(e) del *contratto sociale* diventassero complesse.

La scienza in voga all'epoca aveva il suo punto di forza nel trionfo del metodo comparativo, la cui realizzazione si metteva in evidenza per l'interesse

---

<sup>138</sup> INGRAM, John Kells. *op. cit.*, p. 79.

<sup>139</sup> GROSSI, Paolo. Proprietà e contratto. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa*. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 133 e seg.

<sup>140</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.*, p. 133 e seg.

<sup>141</sup> KELLY, John. M. *Storia del Pensiero Giuridico Occidentale*. Bologna: Mulino, 1996, p. 380.

reciproco che si era diffuso ampiamente tra le discipline del diritto e dell'economia<sup>142</sup>.

Sotto questa stessa prospettiva ottenne notorietà l'opera *De la propriété et des ses formes primitives*, Del 1874, scritta dall'autore franco-belga *Émile de Laveleye*, nella quale mise in evidenza l'evoluzionismo sociale delle istituzioni, enfatizzando che le differenti forme assunte dalla proprietà nel tempo denunciarono la conseguente tendenza del carattere progressivo e riformatore del diritto<sup>143</sup>.

La concezione di *Laveleye* ricevette l'ammirazione di *Adolph Wagner*, rappresentante di quello che si può chiamare di *seconda leva* dei pensatori della *German Historical School of Economics*, in cui l'opera *Foundation of Economics*, del 1876, portò a termine la proposta di una *scienza economica del diritto*, nella misura in cui credeva nella possibilità di una seria analisi della vita economica della comunità per la comprensione e la determinazione dell'ambito della libertà economica individuale<sup>144</sup>.

Entrambi preconizzavano che il diritto non poteva essere considerato come un prodotto arbitrario vincolato a meri desideri umani, tuttavia ritenevano che la sfera giuridica veniva composta come conseguenza di un groviglio di questioni che si rivelavano in sintonia: da un lato, gli stretti vincoli economici della società; dall'altro, le differenti concezioni della giustizia derivati del sistema morale/religioso<sup>145</sup>.

Si nota chiaramente la forte influenza dei teorici socialisti già nella seconda leva di pensatori della *Historical School*, come, per esempio, *Proudhon*, *Lassalle*, *Marx*, *Engels*, ecc.<sup>146</sup>, dato che furono loro i responsabili nel dare il primo impulso all'idea secondo la quale la posizione economica individuale dipenderebbe, necessariamente, dall'esistenza di un sistema – giuridico – adatto a organizzare la proprietà privata.

---

<sup>142</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p. 30-1.

<sup>143</sup> PEARSON, Heath. *op. cit.*, p. 34.

<sup>144</sup> INGRAM, John Kells. *op. cit.*, p. 87.

<sup>145</sup> INGRAM, John Kells. *op. cit.*, p. 83 e seg.

<sup>146</sup> INGRAM, John Kells. *op. cit.*, p. 84.

Nonostante tutta la divergenza ideologica esistente tra i socialisti e la corrente storicista, nella misura in cui i pensatori storici non credevano, al contrario dei primi, nella tesi dell'onnipotenza dello stato, il cui unico fine sarebbe quello di avviare la trasformazione radicale e immediata della composizione economica della società in beneficio della classe operaia, fu innegabile la convergenza di entrambi su alcuni punti di vista, soprattutto per quanto riguarda l'intervento del dominio pubblico nel moderno sistema industriale, che metteva sotto pressione le classi più bisognose della società.

Inoltre, verso la fine del XIX secolo, i pensatori tedeschi, per difendere un cambiamento sistematico e graduale della concezione del diritto di proprietà che considerasse e si avvicinasse alle nuove *questioni sociali* in voga, furono etichettati dagli appartenenti al *free-trade*, come difensori di una *nuova forma di socialismo*<sup>147</sup>, così pericolosa come la corrente rivoluzionaria.

Tuttavia, quello che in realtà invece avveniva era il riconoscimento e la difesa di un nuovo pensiero, di un nuovo metodo scientifico, considerando la necessità di una riforma del sistema che influenzasse e avvicinasse, di conseguenza, le concezioni del diritto e dell'economia, senza ovviamente dimenticare una certa carica politica e ideologica, cioè, quello che si può chiamare di *riforma proveniente dall'alto*, il cui risultato rafforzò l'idea di *Stato-istituzione razionale-burocratico*<sup>148</sup>.

In altre parole, le caratteristiche riformatrici della Scuola Storica non ruppero con le basi del pensiero del primo liberalismo, cioè, identificare e mettere a punto le questioni sociali nel regime liberale sarebbe solamente il corollario dell'effettività del metodo storico che riconosceva nel capitalismo il modello economico, ma considerava il suo metodo scientifico inadeguato.

Per mantenere il presente regime capitalista era necessario adattarlo a un carattere sociale, con un metodo scientifico adeguato alle sue necessità. Di più: una

---

<sup>147</sup> INGRAM, John Kells. *op. cit.*, p. 84.

<sup>148</sup> RITTER, Gerhard. *Storia dello Stato sociale.*, *op. cit.*, p.79.

riforma sociale efficiente avrebbe portato una *legittimazione sociologica* alla democrazia costituzionale di quell'epoca<sup>149</sup>.

Mentre alcuni seguivano le orme del socialismo, attraverso una rivoluzione immediata, come volevano Marx e i suoi seguaci, rompendo con il sistema capitalista; altri proponevano una semplice riforma delle istituzioni che, per mezzo di un capovolgimento lento e graduale, rivitalizzerebbe lo stesso sistema politico liberale.

Effettuare una riforma del sistema per mantenerlo vivo e rinforzato. Tale presupposto sarebbe possibile solo se non superasse la legittimità delle istituzioni giuridico-politiche. O meglio, tale presupposto sarebbe possibile solo per mezzo dell'estensione della legittimità delle istituzioni e la comprensione per cui l'economia politica sarebbe la base di tutte le scienze sociali<sup>150</sup>.

Così la proposta della Scuola Storica si manteneva in una posizione intermedia: considerava gli abusi economici del sistema liberale, riconosceva la necessità di inserire i problemi sociali all'interno dei discorsi giuridici, politici ed economici, tuttavia i cambiamenti dovevano essere pensati all'interno del sistema, non attraverso di una rottura rivoluzionaria.

Il massimo che poteva raggiungere era riformare e, per raggiungere questo massimo si mostrava imprescindibile un nuovo metodo che riuscisse a vincolare le condizioni economiche delle società alle conseguenze del diritto di proprietà, cioè, far convergere le discipline del diritto e dell'economia per riarticolare il ruolo dello Stato e identificare così la direzione della possibilità/necessità di una scienza completa della società. La miglior forma di questa sintesi fu quella sposta dalla disciplina intitolata *Staatswissenschaft*.

2.3 – Dall'Europa all'America: il primo movimento *law and economics* nella cultura giudaica-politica degli Stati Uniti

---

<sup>149</sup> RITTER, Gerhard. *Storia dello Stato sociale., op. cit., p.71.*

<sup>150</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society.* London: Swan Sonnenschein and Co., 1899, p. 118.

La disciplina della *Staatswissenschaft* incontrò sostegno negli Stati Uniti attraverso la *Columbia's Faculty of Political Science* e della *Johns Hopkins University* che, verso la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, iniziarono a sviluppare studi basati sul metodo storico a proposito del ruolo dell'economia politica nella stessa scienza politica<sup>151</sup>.

I pensatori americani, sotto l'ampia influenza tedesca<sup>152</sup>, conclusero che politica, economia e diritto avevano uno spazio di azione comune, che si aggruppava in un'unica visione di scienza politica, la cui base, a sua volta, era nel concetto di Stato. O meglio, il significato letterale di scienza politica era definito come scienza dello stato, però questa definizione, uguale alla sua origine europea, sarebbe possibile solo per la comprensione di un principio metodologico unificato: *the economic interpretation of history*<sup>153</sup>.

Tuttavia, l'interpretazione economica della storia, negli Stati Uniti, si sarebbe biforcata: mentre la prima fase era fondata sul programma di *Wilhelm Roscher*, che consisteva nell'economia storica come una fase dell'interpretazione economica senza, tuttavia, l'identificazione di un metodo comune; la seconda fase si fissava sugli scritti di *Achille Loria*<sup>154</sup>, la cui dimostrazione di una logica sociale articolò la comprensione di un unico metodo, inquadrando l'economia politica come base di tutte le scienze sociali.

*Loria* concluse, all'inizio del XX secolo, rispetto a un'analisi fatta sul sistema politico ed economico americano, che le forme capitaliste della proprietà sarebbero garantite da una serie di connessioni istituzionali, - morale, diritto e politica -, la cui principale funzione era economica, cioè, vincolata alla protezione della proprietà privata contro qualsiasi reazione da parte di quelli che sarebbero stati esclusi dal sistema di possesso delle terre. In questo senso, la sovranità politica sarebbe l'*ultima ratio* dello stesso sistema di proprietà; l'autonomia

---

<sup>151</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 8.

<sup>152</sup> ROLL, Eric. *A history of economic thought.*, *op. cit.*, p. 421.

<sup>153</sup> Questa interpretazione fu determinante, per esempio, negli scritti di: SELIGMAN, Edwin. *The Economic Interpretation of History*. 2.Ed. New York: Gordian Press, 1967.

<sup>154</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society.*, *op. cit.*

politica - leggasi lo Stato - aveva l'essenzialità assoluta rispetto alla manutenzione degli utili economici<sup>155</sup>.

In qualsiasi caso la concezione della contingenza del diritto faceva in modo che Loria credesse nella sottomissione del sistema legale all'economia, dato che qualsiasi rottura o cambiamento radicale nella costituzione economica avrebbe avuto degli effetti profondi nell'intendimento giuridico. Un'analisi dimostrativa della storia del diritto - come opposizione alla filosofia del diritto - fece in modo che l'autore affermasse l'esistenza di un intrinseco rapporto tra la forma della proprietà di una determinata civilizzazione e il diritto esistente in quel luogo<sup>156</sup>.

La sovranità politica, in questi termini, va conto all'idealismo hegeliano, ma si può anche aggiungere a tutte le correnti del contratto sociale, poiché non è vincolato alla volontà del popolo, bensì al controllo delle basi legate agli utili economici, i quali a loro volta, permettono l'operazione statale<sup>157</sup>.

La democrazia, come forma politica, si sviluppa così in luoghi dove esiste la possibilità - come è avvenuto negli Stati Uniti nella seconda metà del XIX secolo - di occupazione di terre libere. Secondo Loria, questa si compone pienamente dove tutti sono proprietari, però nel momento in cui avviene un'espansione nella stessa società e ne include anche una classe di non proprietari, la democrazia, poco a poco, viene sostituita dalla forma oligarchica di governo, il cui fine è diretto alla manutenzione delle regole della classe proprietaria<sup>158</sup>.

Non si può rifiutare, tuttavia, un capovolgimento in questo processo, che è dato dallo stesso sviluppo politico o, più chiaramente, dal processo rivoluzionario. In ogni modo, tale possibilità fu vincolata a una nuova formula del potere economico, dato che quest'ultima impose uno schieramento della sovranità politica, un adeguamento nel sistema istituzionale, che dovette essere disposto e

---

<sup>155</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 118 e seg.

<sup>156</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 87 e seg.

<sup>157</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 152.

<sup>158</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 181.

bilanciato secondo il soddisfacimento dei desideri dei *nuovi padroni* del sistema di proprietà: *qualsiasi cambiamento economico interessa un corrispondente cambiamento politico*<sup>159</sup>.

Gli argomenti di Loria vanno oltre e finiscono per affermare che – contrapponendosi in parte ai socialisti e ai socialdemocratici radicali – chiunque consideri seriamente il *metodo dell'interpretazione economica* o, persino, lo stesso *materialismo storico*, arriverà alla conclusione di una completa incapacità dello Stato di alterare la base economica sulla quale si basa, proprio perché questa è l'espressione politica di un sistema economico, la cui composizione è nelle mani della classe economicamente dominante<sup>160</sup>.

Per Loria, chiaramente, il diritto era subalterno all'economia, o meglio, agiva come suo intermediario, visto che la capacità del sistema legale di normatizzazione dei rapporti economici riuscirebbe solamente a colpire la sfera nella quale le condizioni economiche sarebbero capaci, da sole, di modificarsi<sup>161</sup>.

Inoltre, la tesi costruita dallo studioso italiano, che identificò due forme di risultati economici – l'utile e l'incasso – ebbe riscontro nella storia politica americana, nella quale, secondo lui, il bipartitismo rappresenterebbe dal punto di vista politico gli interessi delle classi dei padroni: il *partito repubblicano*, in sintonia con il federalismo, si modellava secondo gli interessi della nuova imprenditoria e della classe dei commercianti in generale; il *partito democratico*, a sua volta, si manteneva vincolato agli interessi dei proprietari terrieri<sup>162</sup>.

Anche la tesi della fondatezza economica della società<sup>163</sup> si dimostrò cosciente nel mettere in evidenza che l'espansione economica produsse una dicotomia che si coniugò non solo nelle diverse forme di risultato economico, ma oltre a ciò, per la disparità sorta tra le stesse forme economiche. In realtà la disputa tra il grande capitale e l'ascendente classe media produsse un conflitto più grave di quello già esistente tra i proprietari terrieri e quelli di capitale.

---

<sup>159</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 290.

<sup>160</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 343-45.

<sup>161</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 345.

<sup>162</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 155-6.

<sup>163</sup> LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*, op. cit., p. 178.

Tuttavia, la bipartizione rispetto alla forma economica non smise di creare una specie di sezionamento economico, nella misura in cui il prevalere di una determinata forma economica in una determinata parte del territorio statale fece scaturire anche un forte sezionamento politico.

All'inizio di questa bipartizione, la fragile influenza economica e, di conseguenza politica, da parte del capitalismo industriale, facilitò la manutenzione del regime democratico preventivamente stabilito; tuttavia con la crescita vorace del capitale, la democrazia riuscì solo a essere sorretta per la sintonia di una forza motrice che permise l'equilibrio coniugato tra le due forme economiche esistenti.

Nonostante tutto ciò, non ci volle molto perché fosse notata l'influenza dei grandi proprietari terrieri nell'aumento della popolazione e nella crescita del capitale industriale. Con l'espansione dei macchinari tecnologici nell'agricoltura ci fu una specie di omogeneità delle forme economiche e una progressiva estensione della classe capitalista, unita alla ricerca di sviluppo economico.

In questo senso, il metodo storico ebbe una forte influenza nella comprensione dello sviluppo della vita economica moderna nella società americana, soprattutto nel passaggio del XIX secolo, quando si cercò una spiegazione più adeguata alla complessa situazione che interessava l'idea della monopolizzazione, frutto della nascente industria della ferrovia – *railroads*<sup>164</sup> –.

Esempio privilegiato di questa operazione continentale alla ricerca di una ristrutturazione metodologica dell'economia americana, cioè, alla parte delle novità importate dalla politica economica britannica neoclassica, fu la fondazione nel 1885, dell'AEA – *American Economic Association* –, istituzione che estinse la metodologia storica tedesca<sup>165</sup>, facendo in modo che le ricerche economiche, prima basate sulle leggi universali, navigassero nei mari della statistica e della storia,

---

<sup>164</sup> A proposito del monopolio dell'industria delle ferrovie americane vedi: HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 131 e seg.

<sup>165</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p.299.

con l'intuito di fornire delle risposte più soddisfacenti alle attuali condizioni della vita industriale che stava sorgendo<sup>166</sup>.

I principali esponenti di questa sfida, sintetizzato dall'*American Economic Association*, *Edwin R. A. Seligman* e *Henry Carter Adams*, furono quelli che inaugurarono, in modo esplicito, quello che si può chiamare di primo movimento della *law and economics* nel continente americano<sup>167</sup>. Sollecitando un dialogo teorico-pratico tra l'economia e le scienze sociali, cercavano di mettere in luce una specie di ibrido alla barriera imposta dalla microeconomia neoclassica alla scienza economica – articolata sulla premessa secondo la quale l'economia era un sistema matematico, pertanto, puro e deduttivo – per riconoscerla, inoltre, nell'intersezione dell'etica e della storia<sup>168</sup>.

Tuttavia le critiche che interessarono la proposta metodologica dell'interpretazione economica della storia non tardarono ad apparire, le più incisive delle quali si riferivano al proprio carattere monocausale o deterministico, che presentava l'economia come l'unica spiegazione delle altre scienze sociali<sup>169</sup>.

La ricomparsa della storia come scienza – e non più come metodo d'interpretazione –, in qualsiasi caso non lasciò da parte l'interesse degli storici per il metodo d'interpretazione economica. L'esempio classico di questa paradossale espressione fu l'incorporazione di *Charles Beard*, uno storico, al dipartimento di diritto pubblico della *Columbia University*, che prolungò e fece sorgere nuovo animo alla discussione.

*Beard*, nella sua opera più influente, pubblicata per la prima volta nel 1913, il cui titolo *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* era il riassunto di quello stato d'animo accademico che sorse come storicismo e che si

---

<sup>166</sup> È necessario riferire che dopo il 1930 del XX secolo, con la diminuzione della visione istituzionalista nell'economia, la *American Economic Association*, in precedenza creata in sintonia con il progressivismo, fu presa da un forte pensiero conservatore. Vedi, pertanto: HOVENKAMP, Herbert. Knowledge About Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics. In: *Minnesota Law Review*. Vol. 84, 2000, p. 805-62.

<sup>167</sup> HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economics Movement. In: *Stanford Law Review*. N° 42, 1990, p. 993-1058.

<sup>168</sup> HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 182 e seg.

<sup>169</sup> BARROW, Clyde. *op. cit.*, p. 26.

rafforzò con i pragmatisti e i riformatori, diretto allo studio delle forze economiche e sociali per la comprensione dei problemi identificati con la realtà politico-giuridica statunitense. Egli sosteneva che la Costituzione Nordamericana era l'esempio del trionfo degli interessi materiali dei membri di quel gruppo, era cioè il *trapianto* del capitalismo in America<sup>170</sup>.

Molti storici, in questo modo, si avvalsero di teorie economiche per spiegare lo sviluppo del diritto. Identificare problemi sociali e formulare politiche per risolverli mediante la legislazione, ordini dell'esecutivo o regole giurisdizionali era il campo della discussione. Tali affermazioni avevano sottostante a esse il sostegno di una (ri)formulazione scientifica, rendendole plausibili, perché fossero rispettate.

2.3.1 - Pragmatismo nella filosofia, realismo nel diritto e il doppio assalto all'economia politica classica: le basi della *Progressive Era Americana* (1880-1930)

Il sorgimento della chiamata *Progressive Era* si mostra come lo scenario di questo contesto. Con due argomenti fondamentali, accademici in diritto ed economia attaccarono parallelamente la politica economica del *laissez-faire*: da un lato, analizzarono attentamente le loro critiche alla fallacia della protezione costituzionale della sfera economica della vita, per quanto riguarda un mercato morale spontaneo e autodefinito, costruito con le vesti del regime proprietario e del diritto contrattuale; dall'altro, considerando le stesse vesti, sotto l'aspetto della necessità, ma anche dalla difficoltà nel promuovere la distribuzione della ricchezza per le istituzioni della giustizia<sup>171</sup>.

In questo senso la preoccupazione intellettuale dei riformisti sociali, la cui epoca d'azione si inquadra tra il 1880 e il 1930<sup>172</sup>, difendeva una politica

---

<sup>170</sup> BEARD, Charles A. *An economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Free Press, 1986, p. 152 e seg.

<sup>171</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the first law and economics movement*. 2.ed. USA: Harvard University Press, 2001, p. 3.

<sup>172</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The Mind and Heart of Progressive Legal Thought*. Disponibile su: <http://sdr.lib.uiowa.edu/preslectures/hovenkamp95/hovenkamp1.html>., questo periodo precisa tra il 1871 - data in cui Charles Darwin pubblica l'opera *The Descent of Man* e vincola la specie umana alla teoria dell'evoluzione - e 1960 - data in cui Ronald Coase pubblica il testo *The Problem of Social Cost*, rinvigorendo l'idea del mercato non regolato. In qualsiasi caso, l'autore ammette il costante

interventista dello stato, la cui base affermava che le politiche pubbliche relative all'enunciazione delle leggi dirette alla protezione di un minimo salariale, per esempio, per il suo empirismo, presentavano un miglior uso delle risorse economiche rispetto alla dottrina fondata in un'ampia libertà contrattuale<sup>173</sup>.

Si parla qui di una nitida contrapposizione rispetto al tempo in cui il *legal formalism* dominava completamente il diritto costituzionale degli Stati Uniti e con esso la dottrina del *substantive due process*, elaborata dall'inserimento nel testo costituzionale americano nel 1868 del *14th Amendment*, che disponeva sulla garanzia dei diritti civili<sup>174</sup>.

Teoricamente, la messa in pratica della *substantive due process*, della quale parlava il nuovo emendamento, corroborava la determinazione fatta dal *13th Amendment*, che tre anni prima stabiliva l'abolizione della schiavitù<sup>175</sup>. Era necessario, dopo il termine della guerra civile, dare ai negri americani le stesse protezioni costituzionali che godevano i bianchi. Le persone nate negli Stati Uniti, in quel senso, assunsero o *status* di cittadini, e tutti i cittadini, senza preconcetto rispetto alla razza, al colore e alla condizione sociale, erano protette dagli stessi diritti<sup>176</sup>.

Tuttavia l'interpretazione conservatrice data dalla *Suprema Corte* - ampiamente basata sul *legal formalism*, cioè, sul presupposto giuridico fornito dal pensiero di *Cristopher Columbus Langdell*<sup>177</sup> e sulla politica economica del *laissez-faire*<sup>178</sup> - fece in modo che si screditassero gli indirizzi del nuovo dispositivo costituzionale, interpretando ciò che si sarebbe creato per proteggere sostanzialmente la libertà di contratto.

---

distanziamento avvenuto tra le discipline - diritto ed economia - che avviene tra il 1930 e 1960, soprattutto per l'influenza di *Lionel Robbins* nel marginalismo economico.

<sup>173</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 172.

<sup>174</sup> NELSON, Willian E. *The Fourteenth Amendment: from political principle to Judicial doctrine*. USA: Harvard University Press, 1998.

<sup>175</sup> Rispetto al processo della conquista repubblicana espresso dal *13th e 14th Amendments* vedi l'evoluzione critica fatta da: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, in particolare il capitolo 2.

<sup>176</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 93.

<sup>177</sup> GREY, Thomas C. *Langdell's Orthodoxy*. 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1, 1983, p. 5.

<sup>178</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence...*, op. cit., p. 9 e seg.

È pur vero, e per questo è imprescindibile riferirlo, che le basi del formalismo legale ebbero risultati diversi<sup>179</sup>: mentre la scienza del diritto di Langdell era frutto di una forza accademica sviluppata nella *Harvard Law School* che cercava di risolvere la crisi del diritto americano promuovendo l'idea secondo la quale *il diritto era una scienza dimostrabile secondo criteri logici*, il cui legame tipicamente giuridico sarebbe nello studio del *case method of legal instruction*; la fede nella politica economica del *laissez-faire* si sviluppò giuridicamente dentro la stessa corte, sotto la fondamentale premessa che l'individualismo era moralmente ed economicamente ideale. Non si può dimenticare però il rapporto ideologico conservatore che virtuosamente si espanse tra entrambi i lati del formalismo giuridico americano<sup>180</sup>.

In questo senso, l'ignoranza sul tema della giustizia razziale e la parzialità dell'economia di mercato o, per meglio dire, le libertà economiche individuali, fu l'interpretazione data dalla Corte Suprema al nuovo emendamento costituzionale, riducendo, così, lo spazio di comprensione e contrariando i presupposti storici dei quali si avvalsero i parlamentari nella redazione della nuova emenda.

Secondo *William Nelson*<sup>181</sup>, uno dei grandi studiosi del dispositivo, il *14th Amendment* assunse successivamente una nuova estensione, ma allo stesso tempo una restrizione, le cui proposte iniziali non contemplavano. Sia la Corte Suprema sia gli analisti che esaminarono successivamente l'emenda, non riconobbero l'importante avanzo sociale in essa contenuto, ma allo stesso tempo, i limiti giuridici destinati allo stesso potere giudiziario di addentrarsi nella sfera dei poteri legislativi.

In qualsiasi caso, la proposta di emenda alla costituzione aveva basi chiare, comandate, da un lato, dalla protezione dei diritti e, dall'altro, dalla garanzia che le legislazioni degli stati membri sarebbero rimaste libere di adottare leggi in beneficio del benessere pubblico. Ambedue le tesi abbracciavano la discussione politico-giuridica del periodo: *to reaffirm the lay public's longstanding rhetorical commitment to general principles of equality, individual rights, and local self-rule*<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, op. cit., p. 11.

<sup>180</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Milano: Giufrè, 1991, p. 60-1.

<sup>181</sup> NELSON, William E. *The Fourteenth Amendment...*, op. cit., p. 11.

<sup>182</sup> NELSON, William E. *The Fourteenth Amendment...*, op. cit., p. 8.

Due paradigmatiche decisioni, tuttavia, finirono per metter in evidenza la manutenzione dello *status quo* rispetto alla protezione dei diritti civili e, in qualche modo, nel dare una nuova direzione al *14th Amendment* secondo il consenso conservatore, la cui comprensione della reale importanza del dispositivo era quella di costituzionalizzare una particolare politica economica<sup>183</sup>.

Detto in altro modo, *Francis Wharthon, Thomas Cooley, John Pomeroy, Christopher Tiedeman*, ecc., considerati i grandi costituzionalisti del periodo, intesero che con la promulgazione del *14th Amendment* i giudici erano invitati ad adottare nelle loro decisioni una determinata teoria economica che mirava a un'ottimizzazione strutturale dei rapporti di mercato. Secondo loro, il problema degli afroamericani veniva risolto con la semplice protezione del loro accesso al mercato, però, la reale proposta dell'emendamento stava appena cominciando a sortire un effetto pratico: *enable the courts to define individual economic liberties against the states*<sup>184</sup>.

Di fatto, nel 1896 il *Caso Plessy contro Ferguson*<sup>185</sup>, la cui decisione fu responsabile per la dottrina *separate but equal*, fece valere la legislazione *Jim Crow* che voleva bloccare la frequenza di negri nelle scuole pubbliche e, allo stesso tempo, l'uso dei mezzi pubblici, dei ristoranti, dei teatri, hotel, cinema, nella misura in cui fossero disposti servizi e condizioni uguali per bianchi e segregati. Nonostante il voto divergente del giudice *John Marshall Harlan*, per il quale la Costituzione Americana non includeva la distinzione nel suo testo tra bianchi e negri, ma invece, era contraria alla distinzione di classi tra cittadini, la decisione del *Caso Plessy* cristallizzò l'interpretazione secondo la quale la segregazione razziale non attaccava la costituzione, soltanto se negri e bianchi fossero trattati allo stesso modo e gli fossero messe a disposizione installazioni dello stesso livello, che sarebbero utilizzate separatamente<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 95.

<sup>184</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 96.

<sup>185</sup> *Plessy versus Ferguson* 163 U.S 537, 1896.

<sup>186</sup> Secondo FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. New York: Touchstone, 1985, p. 374 e seg., la discussione si estende per un periodo di 100 anni, fino all'inizio degli anni 60 del XX secolo.

Nel 1905 il caso *Lochner contro New York*<sup>187</sup> fu lo scenario di fondo per riaffermare le basi del classicismo, più precisamente la dottrina liberista del *laissez-faire*. Il caso si riferiva alla richiesta di incostituzionalità rispetto a una legge promulgata dallo Stato di New York che imponeva restrizioni al contratto di lavoro stabilito tra i panificatori e i lavoratori, di 10 ore giornaliere. Lochner, un imprenditore del settore alimentare, presentò ricorso alla Suprema Corte Americana invocando il *14th Amendment*, con l'argomento che a nessun stato era permesso privare qualsiasi persona della propria vita, libertà o proprietà senza un *due process of law*. La corte dichiarò l'incostituzionalità della legge statale, preservando la libertà degli imprenditori nello stabilire contratti di lavoro come fossero loro più convenienti, compreso quello di superare il limite precedente di dieci ore<sup>188</sup>.

Ovvio che la divergenza sorse sulla dottrina del *due process of law* formulata dalla Suprema Corte e sulla politica legislativa compresa nel testo costituzionale dal *14th amendment*, come chiaramente disse il giudice Holmes, già sconfitto in partenza nel paradigmatico caso *Lochner*, (...) *the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spenser's Social Statics... a constitution is not intended to embody a particular economic theory* (...) <sup>189</sup>.

È possibile affermare che il Quattordicesimo Emendamento della Costituzione Americana, pertanto, aveva il potere di proteggere sia gli interessi delle classi più deboli, sia la libertà legislativa in favore del bene comune, tuttavia, la corte costituzionale restrinse la sua interpretazione alla protezione degli interessi della classe dei padroni, interpretando i diritti civili come diritti meramente economici, vincolati all'uguaglianza di accesso al mercato.

La premessa classicista che definiva che il governo non avrebbe potuto scegliere favoriti, divenne obsoleta per quanto riguardava la protezione dei più deboli dinanzi alle volontà corporativistiche della fine del XIX secolo e dell'inizio del

---

<sup>187</sup> *Lochner versus New York*. 198 U.S. 45, 1905.

<sup>188</sup> È necessario riferire anche, sotto lo stesso punto di vista, una terza decisione della Suprema Corte presa nel caso *Coppage versus Kansas*. 236 U.S. 1, 1915., che dichiarò incostituzionale una legge dello stato del Kansas il cui destino era la proibizione di contratti del tipo *yellow dog*.

<sup>189</sup> *Lochner versus New York*. 198 U.S. 45, 1905, p. 75-6.

XX. È però imprescindibile riferire che all'era del presidente *Andrew Jackson*<sup>190</sup>, in cui ebbe inizio questa proposta, per la non preferenza di interessi da parte dei poteri pubblici era imperniata su una politica diretta alle concezioni di sinistra, contrarie pertanto alle proposta conservatrice dei *Federalisti*<sup>191</sup>.

In quel contesto, la libertà di contratto si collocava come un diritto economico, ma solo perché era intesa e basata su un diritto morale e religioso, cioè, l'ideologia del *laissez-faire* era composta sia da un'idea morale di autodeterminazione, sia da una visione di individualismo religioso, la cui base risaliva al *realismo scozzese* di *Adam Smith*<sup>192</sup>.

La libertà di contratto, secondo Smith, proveniva molto più da un precetto morale che da una comprensione economica propriamente detta; una teoria dell'uomo economico poteva essere accettata solo quando questa fosse interpenetrata da una teoria dell'uomo morale che, a sua volta, includeva la concezione di *Locke* secondo la quale ogni persona aveva *il diritto naturale al suo lavoro*, il cui valore sarebbe, perciò, la funzione del lavoro inserito in qualcosa, determinato dal mercato e sempre normativamente corretto. Tale concezione perse forza solo all'inizio del XX secolo, quando l'utilitarismo – in competizione con l'ortodossia protestante – si rafforzò con l'argomento pragmatico per cui una morale ateista basata sulla massimizzazione della soddisfazione umana avrebbe dato una maggior protezione democratica alle decisioni pubbliche<sup>193</sup>.

Tuttavia è molto probabile pensare che quelle voci influenti in difesa del *laissez-faire*, come *Bentham* e *Smith*, viste le situazioni avvenute un secolo prima delle sue proposizioni teoriche, si sarebbero impegnati nella lotta dei progressisti per il rafforzamento del *controllo sociale* – contribuzione data alla sociologia da *Edward A.*

---

<sup>190</sup> NELSON, Willian E. *The Fourteenth amendment...*, *op. cit.*, p. 15 e seg.

<sup>191</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, *op. cit.*, p. 2. Rispetto alla critica verso i *Federalistas* vedi: BEARD, Charles A. *An economic Interpretation of the Constitution...*, *op. cit.* Anche la contrapposizione fatta a esso, contemporaneamente, da: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano...*, *op. cit.*, p. 317 e seg.

<sup>192</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>193</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, *op. cit.*, p. 68.

Ross<sup>194</sup>, il cui argomento prevedeva l'idea che i valori erano formati socialmente –, nella misura in cui quelli giammai compresero la difesa della non interferenza governativa fuori dall'adeguamento diretto alla protezione della sfera sociale, trascurata dal protezionismo mercantilista dell'epoca<sup>195</sup>.

In realtà la concezione della libertà negativa<sup>196</sup> – attraverso la quale si basò la corrente ultra individualista dello stato minimo, promossa da *Herbert Spenser*<sup>197</sup>, la cui opera *The Man versus The State* era ampiamente nota in Nordamerica –, non smise di contemplare la concezione divulgata dai progressisti, neppure di vincolarsi alle opere dei grandi precursori inglesi di questo pensiero, *Stuart Mill* e *Henry Sidgwick*, per i quali le legislazioni progressive come parte della proposta di espansione governativa, paradossalmente, salvaguardavano proprio l'idea di libertà, cioè, *la sicurezza di un minimo sociale sarebbe contenuta nell'individualismo*<sup>198</sup>.

In qualsiasi caso la tradizione costituzionalista del *due process* sviluppata dalla Corte Suprema Americana, più che una dottrina puramente giuridica – un sistema di diritti formali – era modellata su una specifica teoria economica – quella classica di Smith, applicata però in un altro contesto –, e che in una certa misura era rafforzata e nuovamente diretta dalla già ampiamente diffusa idea del *darwinismo sociale*.

Contro le espressioni della Suprema Corte Americana, che in quel periodo fu battezzata di *Corte Lochner*, in relazione al suo triplice fondamento – formalismo logico langdelliano, teoria economica classica e darwinismo sociale – si diressero le posizioni di tutta la *Progressive Era*<sup>199</sup>, compresa nel movimento del realismo

---

<sup>194</sup> ROSS, Edward A. *Social Control. A Survey of the Foundations of Order*. USA: University Press of the Pacific, 2002.

<sup>195</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>196</sup> Vedere a proposito della discussione del concetto di libertà negativa nella parte III, più avanti. Specialmente per quanto riguarda il punto relativo alla *Democrazia Liberale*.

<sup>197</sup> SPENSER, Herbert. *The Man versus The State, with Six Essays on Government, Society and Freedom*. Indianapolis: Liberty Classics, 1981.

<sup>198</sup> MILL, John Stuart. *The Principles of Political Economy with some of their applications to social philosophy*. In particolare modo: Book V, Chapter 10. Disponibile su: School of Economics, Finance and Management - University of Bristol. <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/mill/prin.htm>. Pure, FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>199</sup> Non si può non parlare con HOVENKAMP, Herbert. *Knowledge About Welfare...*, *op. cit.*, che il gruppo dei *reform darwinists*, in conformità con la *marginalist revolution* d'inizio secolo XX, ebbero un importante ruolo nella *Progressive Era*.

giuridico in sintonia con l'economia istituzionalista e i primi marginalisti, sulla base della situata nella filosofia pragmatica legata a *John Dewey*, *William James* e *Charles Sanders Peirce*, le cui affermazioni sul sapere e il pensiero umano si sviluppano all'interno dei rapporti socio culturali, forniva l'apparato teorico per contrastare gli argomenti astratti e formalisti dei quali la corte si avvaleva per astenersi dall'assimmetria della realtà sociale<sup>200</sup>.

In particolare, a proposito del caso *Lochner*, l'analisi fatta successivamente dai progressisti ebbe lo scopo di smascherare l'attivismo politico che avvenne nella decisione e nell'ampia posizione del tribunale durante quel periodo, che con l'argomento di un tentativo logico, neutro e obiettivo, finì per legittimare la disuguaglianza di ricchezza e potere<sup>201</sup>.

Le rivendicazioni formaliste dell'imparzialità giuridica sulle quali si sostenevano le decisioni della Corte Americana servivano solamente a metter in evidenza una selezionata teoria economica che, in qualche modo, apparteneva più ai giudici che ai legislatori<sup>202</sup>.

In questo senso, nonostante la mancanza di linearità e, persino, il paradosso attribuito ai progressisti, più precisamente alla corrente realista<sup>203</sup>, servì a mettere in evidenza e a difendere la concezione secondo la quale il dibattito giuridico aveva, necessariamente, una corrente ideologica con posizioni politiche, economiche e morali chiare, che dovevano essere, in primo luogo, accettate e, poi, discusse.

Contro l'architettura costruita dai *Classical Legal Thinkers*, nel senso che il diritto come scienza<sup>204</sup> non poteva riflettere idee esterne senza mettere in pericolo il titolo di scienza, ma anche contro una premessa ultra individualista che presupponeva un'ampia regolamentazione coercitiva della sfera pubblica e la non regolamentazione coercitiva della sfera privata, *Oliver Wendel Holmes Junior*<sup>205</sup> mise in

---

<sup>200</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, op. cit., p. 35.

<sup>201</sup> MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto*, op. cit., p. 52.

<sup>202</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 172 e seg.

<sup>203</sup> HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law...*, op. cit., p. 169.

<sup>204</sup> GREY, Thomas C. *Langdell's Orthodoxy*, op. cit., p. 5. GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*, op. cit., p. 44.

<sup>205</sup> HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 166 e seg.

voga la discussione *logica contro esperienza/astratto contro concreto* per svelare l'ampiezza dell'ideologia conservatrice dietro a quegli argomenti e, con ciò, riconoscere che l'astrazione formale non riusciva, da sola, a risolvere i conflitti eterogenei e competitivi imposti dall'era delle *corporations* alla società americana<sup>206</sup>.

Il formalismo giuridico assunse, così, in qualche modo un posto secondario dal punto di vista iniziale del pensiero realista<sup>207</sup>. Teoricamente ciò vuol dire che non imponeva la disuguaglianza della ricchezza e della disparità del potere per il fatto di portare con sé i presupposti logici e neutrali sviluppati *a priori*, li accettò solo per il fatto di essere una teoria oggettiva - descrittiva -, ritenendo, ovviamente, che quei fatti erano imposti in maniera contingente, come situazioni naturali pre-politiche - vere -, che non spetterebbe al diritto nessun tipo di alterazione<sup>208</sup>.

Nonostante tutto ciò, fu in funzione di una definizione oggettiva e astratta del libero contratto e, di conseguenza di libertà, che i giudici americani terminarono per costruire l'intero corpus del diritto contrattuale, o meglio, dell'intero corpo costituzionale statunitense, nella misura in cui lo riassunsero, accettando qualsiasi restrizione statale alla libertà contrattuale come una privazione della stessa libertà costituzionale, la cui ripercussione, volitiva o no, era diretta a una specifica teoria economica, per coincidenza questo sì, eretta sulle stesse basi teoriche, di chiarezza naturale, certezza e obiettività, tale e quale a quella giuridica<sup>209</sup>.

Dal punto di vista dell'argomentazione progressista, in qualsiasi caso, la deduzione dei concetti logici formali dei quali si avvalevano i giudici della Suprema Corte Americana era solamente lo scenario per non citare chiaramente i modelli consensuali sviluppati da altre discipline, visto che gli atti legislativi per i quali le politiche statali funzionavano come statuti del ridimensionamento economico fatto in modo artificiale, nella maggior parte dei casi, non contenevano nessun vizio di

---

<sup>206</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 62.

<sup>207</sup> È necessario fare attenzione che il protorealismo di *Holmes* non era totalmente contro il formalismo di *Langdell*. La sua lotta, realmente, era contro l'abuso dei principios astratti. DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence.*, op. cit., p. 37-9. MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto.*, op. cit., p. 38. Vedi anche la posizione di GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 83, che sostiene, ironicamente, l'affermazione che i realisti giuridici vollero abbandonare la teoria langdelliana come i riformatori protestanti del XV e XVI secolo vollero abbandonare i dogmi della teoria cristiana.

<sup>208</sup> GREY, Thomas C. *Langdell's Orthodoxy.*, op. cit., p. 6.

<sup>209</sup> MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto.*, op. cit., p. 51.

incostituzionalità, ma si dimostravano tassativamente contrarie alla politica stessa del *due process* sviluppata dalla corte, che riteneva essere economicamente irrazionale, passibile di corruzione e aperto a privilegi speciali qualsiasi trasferimento di ricchezza<sup>210</sup>.

La critica messa in voga da *Holmes* – che nelle parole di *Grant Gilmore* fornì contenuti alla metodologia di *Langdell*<sup>211</sup> – trovò eco da un punto di vista della dottrina pragmatica in *Roscoe Pound*<sup>212</sup>, secondo il quale la libertà contrattuale era considerata una fallace argomentazione e si giustificava per il fatto che le corti americane avessero perso contatto con il mondo della vita<sup>213</sup>.

*Pound* affrontò duramente l'astrazione filosofica, secondo lui aprioristicamente kantiana, della quale si avvaleva la corte per decidere casi concreti. Il suo celebre scritto – *Law in books and Law in action*<sup>214</sup> –, era il risultato di questa astrazione e il contenuto di quello che egli chiamava di *Mechanical Jurisprudence*<sup>215</sup>. Il riflesso di questa posizione mise in evidenza la discussione, fino a quel momento latente, nel diritto americano: come sarebbe possibile che la scienza giuridica americana, in un senso ampio, potesse reggere la dicotomia individualismo-socialismo?

Tale posizione, per così dire, fece nascere un ampio dibattito accademico che prese corpo non solo della pratica giuridica, ma anche degli argomenti politici ed economici. I riflettori illuminarono l'idea secondo la quale la legge sarebbe dovuta entrare in gioco per sopperire all'incapacità dei tribunali nel controllare le complesse

---

<sup>210</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p. 181-2.

<sup>211</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 48.

<sup>212</sup> È importante salientare anche la grande influenza svolta da *Louis Dembitz Brandeis* sul movimento realista, soprattutto e specificamente sulla sua eccezionale ricerca empirico-sociologica sui malefici alla salute della donna proveniente dall'eccesso di ore giornaliere lavorate. Brandeis – che per alcuni fu più influente sui pensieri di *Holmes* che influenzato da essi - sottopose alla Suprema Corte tale ricerca, cercando di difendere la costituzionalità di una legge proposta dallo Stato dell'Oregon, che disciplinava in dieci ore il limite di lavoro per le donne. Vedere: STRUM, Philippa. *Louis Brandeis: justice for the People*. Cambridge: Harvard University Press, p. 208 e seg.

<sup>213</sup> POUND, Roscoe. Liberty of Contract. In: *Yale Law Journal*, n°18, 1909, p. 454-87. Non mancano argomenti però, che classificano *Pound*, alla fine della sua carriera, come un reazionario estremista, viste le dichiarazioni in favore del regime nazista. DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence.*, op. cit., p. 62 e seg. MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto.*, op. cit., p. 50.

<sup>214</sup> POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. In: *American Law Review*, n° 34, 1910, p. 12.

<sup>215</sup> POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. In: *Columbia Law Review*, n° 8, 1908, p. 605.

situazioni che poco alla volta sorgevano. Il credo era ora diretto alla via legislativa, mezzo adatto a proiettare e garantire i cambiamenti dei quali la società americana aveva bisogno<sup>216</sup>.

Nell'ottica dei realisti, specialmente Pound, la praxis giuridica era occasionalmente impregnata della praxis sociale. Le decisioni giudiziali causavano chiare conseguenze socio-economiche e avevano molto a che fare con la posizione politica dei giudici<sup>217</sup>. La lotta di Pound in questo senso, aveva come meta quello di mettere il pragmatismo sullo stesso piano in cui si trovava l'astrazione formalista, perché fosse possibile un radicamento della sua *Sociological Jurisprudence*<sup>218</sup>, le cui basi erano dirette, da un lato, alla limitazione dell'arbitrio giudiziale per legge e, dall'altro, alla considerazione delle ultime cose, dei fatti, nella stessa presa di decisioni, cioè, di quelle conseguenze socio-economiche.

Al posto della massima formalista secondo cui il diritto è una scienza, i progressisti ridiscussero le premesse di base di questa affermazione per, sotto un'altra ottica - ma non con un'altra meta -, piena di significati e ridimensionamenti, dichiarare che il diritto è una scienza sociale<sup>219</sup> e che, proprio per questo, non era immune alle prospettive di un punto di vista sociologico, o meglio, non era altro se non una disciplina integrata alle scienze sociali, come la sociologia e l'economia<sup>220</sup>.

Per questo, i progressisti, non distanti dalle posizioni dei social riformisti inglesi, ricondussero la premessa iniziale alla seguente forma: *laws of Production and Distribution, and some of the practical consequences deducible from them*<sup>221</sup> sono di fondamentale importanza e devono essere considerate, poiché fanno parte dello stesso sistema giuridico. Anzi, non solo di esso, ma di tutto il potere politico che, prima della Prima Guerra Mondiale, credeva in una specie di intervento governativo, il cui fine era diretto a un presunto miglioramento della qualità di vita della popolazione.

---

<sup>216</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 18.

<sup>217</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence.*, op. cit., p. 58.

<sup>218</sup> POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence.*, op. cit., p. 610.

<sup>219</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 83.

<sup>220</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 83.

<sup>221</sup> MILL, John Stuart. *The Principles of Political Economy...*, op. cit., p. 15.

Era legato a ciò la creazione moderna dello Stato Fiscale Americano, ossia, una proposta politico-economica diretta da una politica tributaria, preponderantemente pluralista e democratica, che mirava a cambiare lo status della regolamentazione dell'esazione per la pubblica utilità<sup>222</sup>.

In questo senso l'attacco alla Suprema Corte, in particolare e, in alcuna misura, al ruolo della sfera pubblica in generale, aveva come base l'implicazione che l'obbligo governativo era quello di massimizzare il benessere collettivo e di migliorare le condizioni dei cittadini, sovrapponendosi anche alla protezione dei diritti individuali. Sulla base pragmatista riformatrice, l'argomento invocato dai progressisti aveva lo scopo di rimodellare scientificamente la coscienza delle decisioni governative, sulla base dell'empirismo, in direzione alle necessità di un riadeguamento della garanzie di un minimo sociale per tutti i cittadini<sup>223</sup>.

In altre parole, le due puntuali enunciazioni del liberalismo classico invocate dai giudici superiori - libertà degli interessi e dei diritti di proprietà - guidavano le critiche dei progressisti. Per questo, ma specialmente per il tentativo di una rottura con il paradigma classico che, secondo i progressisti, era il responsabile per questa interpretazione, si formularono gli attacchi partendo da diversi ambiti: a) relativamente al criterio scientifico, rispetto ai quesiti di purezza logica del diritto - b) sulla questione della dicotomia pubblico/privato, rispetto al suo ruolo coercitivo pubblico, diretto al diritto tributario, penale, costituzionale e di regolamentazione; rispetto al suo ruolo non coercitivo privato, che comprendeva i diritti contrattuali, la responsabilità civile e il diritto commerciale<sup>224</sup>.

Mentre per i classici la scientificità giuridica era data dalla purezza delle proposizioni astratte che sarebbero costruite *a priori* e dirette a casi concreti, la cui applicazione era destinata solamente al diritto privato alla protezione della sfera individuale contro lo stesso potere dello stato; il diritto pubblico, soprattutto quello costituzionale, era ampiamente riconosciuto come non scientifico, contaminato, in questo modo, da concezioni politiche e morali impure.

---

<sup>222</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p.

<sup>223</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p. 6.

<sup>224</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The Mind and Heart of Progressive Legal Thought*, op. cit.

Per i progressisti/realisti le due celebri frasi coniate da *Holmes – The life of the law has not been logic: it has been experience*<sup>225</sup> e *General propositions do not decide concrete cases*<sup>226</sup> – dicevano molto e davano la risposta o, perlomeno, il mezzo più adatto per indagare sulle enunciazioni ortodosse delle quali si avvalevano i classici per stabilire tutta la struttura giuridica americana.

Questo vuol dire che il realismo, in questa corrente, si dimostrò *riformatore* e privilegiò *l'esperienza* in detrimento alla *logica*. Formata dagli *insights* dei sociologi e dalla chiarezza della statistica che i dati empirici forniscono – chiaramente *l'influenza di Pound e Brandeis* si fa valere –, il braccio riformista del realismo affrontò il carattere logico del diritto, senza però eliminarlo<sup>227</sup>.

La logica fu messa come subalterna all'esperienza; *l'essere* della realtà si sovrappone al *dover essere* della regola<sup>228</sup>; il diritto doveva mantenersi veramente libero da valori, doveva essere descrittivo, valutativo, doveva operare nell'ambito pratico di fronte alle politiche da esso stesso seguite; il procedimento, rispetto alla sostanza, rispondeva con maggior chiarezza alla richiesta ascetica, apolitica del diritto visto come una scienza sociale.

Il concettualismo giuridico di Langdell, pertanto, fu sostituito dal concettualismo sociologico dei realisti progressisti, il che, di conseguenza, mise in evidenza il metodo scientifico empirico, la cui solida base pragmatica aiutò a sintetizzare concetti a posteriori nei quali le scienze sociali, soprattutto l'economia, assumevano un rilevante ruolo nelle analisi giuridiche, offrendo sistemizzazione e autenticità sia nelle soluzioni dei problemi concreti, sia nella produzione di politiche giuridiche a tutela e nella riformulazione della concezione dell'interesse pubblico<sup>229</sup>.

*The life of the law has not been logic: it has been experience* era il paradigma che basava il pensiero progressista della corrente realista. Nella ricerca della previsione fattuale del comportamento giuridico, di questo o di quel caso, i progressisti

---

<sup>225</sup> HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991, p. 1.

<sup>226</sup> HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The essential Holmes*, op. cit., p. 306.

<sup>227</sup> MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*, op. cit., p. 57.

<sup>228</sup> Vedere, in questo senso, l'opera che riunì i più importanti saggi di LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. Transaction: New Jersey, 2008, p. 4.

<sup>229</sup> Vedi: GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*, op. cit., p. 48, secondo il quale *Holmes*, più di ogni altro, portò del contenuto alla forma sviluppata da *Langdell*.

sostenevano la tesi positivista della separazione tra il diritto e la morale/politica per la liberazione avvalorante del diritto, limitando le sue analisi a mere descrizioni di situazioni fattuali in cui il giudice avrebbe potuto decidere in un modo o nell'altro.

L'esempio privilegiato di questa sistematizzazione del diritto diretta a comprenderlo secondo i movimenti della società stessa, cioè, in direzione alla sua riformulazione in coerenza con il più ampio interesse pubblico, fu il progetto di riforma del diritto commerciale di *Karl Llewellyn*<sup>230</sup>.

Secondo Llewellyn era il momento di riconoscere e identificare la lotta per il cambiamento del concetto di proprietà e dell'istituto della compravendita. Era necessario realizzare la differenza esistente negli affari conclusi tra imprenditori, direttamente interessati ai rapporti commerciali, e tra imprenditori e non, o consumatori, il cui rapporto di vendita era destinato direttamente all'uso, ossia, con Llewellyn l'affermazione secondo la quale il cardine del diritto, il suo fine, sarebbe, paradossalmente e solamente, il riflesso della realtà sociale<sup>231</sup>.

La ricerca di Llewellyn era quella di mettere in evidenza la pluralità delle situazioni commerciali, di abrogare norme obsolete e di lasciare ai tribunali la libertà di comprendere l'ampiezza e la fase di cambiamento che stava passando la società nel tempo. Le riforme, in questo senso, abdicerebbero al formalismo in senso stretto, nella misura in cui fossero vincolate a una notevole quantità di materiale analitico e storico che avrebbero permesso loro di ricostruire fedelmente le peculiarità dei casi e dei fatti verso lo smantellamento della falsa unità giuridica, difesa dalla versione conservatrice e ortodossa del diritto<sup>232</sup>.

Tuttavia, l'altra faccia del realismo, la cosiddetta ala *radicale* o *critica* del movimento, si fissò nell'esplorazione della dicotomia astratta *versus* concreto. Enfatizzando l'aspetto *normativo* del diritto, i radicali direzionavano la discussione sul fatto che il diritto è, fu e sarà sempre un *dover essere* politico e morale.

---

<sup>230</sup> Sulla riforma proposta da *Llewellyn* vedi, per tutti, GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 79 e seg.

<sup>231</sup> LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence...*, op. cit., p. 323 e seg.

<sup>232</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, op. cit., p. 78.

In questo modo, furono loro, i critici, che ponderavano con forza per la scoperta della fallacia argomentativa stabilita dalla dicotomia pubblico/privato del pensiero classico. L'equivoco scoperto da quest'aspetto del realismo aveva a che fare con la pretesa individualista – possessiva<sup>233</sup> – e, in un certo modo, astuto di fondare il diritto privato su premesse naturali (pre)apolitiche, offuscando il carattere eminentemente convenzionale e ideologicamente conservatore sul quale si basava il discorso giuridico-politico.

Lo stesso potere politico statale – seguito e influenzato dal potere economico e, appunto, politico –, dichiararono i realisti radicali, fu il responsabile della creazione e dell'articolazione della *naturalità* del diritto privato e, di conseguenza, dell'immunizzazione da una possibile normatizzazione giuridica performativa all'interno del suo ambito d'azione, cioè, della sfera privata, verso la distribuzione della ricchezza<sup>234</sup>.

L'intento dato al carattere oggettivo delle categorie formaliste finì per affermare che molte delle classi fondamentali della dottrina giuridica erano incoerenti e che la base del sillogismo formale logico utilizzato dalla Corte Suprema nella risoluzione di casi concreti evidenziava solo giudizi prettamente politici sul ruolo del diritto nella società. Perché fosse possibile la piena giustificazione delle azioni dei tribunali, riferisce *Felix Cohen*<sup>235</sup>, risultava imprescindibile cercarla al di fuori dei termini giuridici specifici.

Un grande esempio e, forse, la sintesi più utilizzata da parte del movimento realista fu rappresentata da *Robert Hale*<sup>236</sup>, nella misura in cui raggruppò il più nobile pensiero dell'economia istituzionalista e del realismo giuridico, cioè, cercò di

---

<sup>233</sup> Vedere a proposito dell'individualismo possessivo: MACPHERSON. C.B. *The political theory of possessive individualism. Hobbes to Locke*. 8.ed. Oxford: Oxford University Press, 1979, ciò che sarà trattato specificamente nella prossima parte, alla voce: *La democrazia liberale*.

<sup>234</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>235</sup> COHEN, Felix. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. In: *Columbia Law Review*. N° 35, 1935, p. 809-10.

<sup>236</sup> HALE, Robert. Force and the State: A comparison of "Political" and "Economic" Compulsion. In: *Columbia Law Review*. N° 35, 1935, p. 149 e seg. HALE, Robert. Coercion and Distribution in a supposedly Noncoercive State. In: *Political Science Quarterly*. N° 38, 1923, p. 470 e seg.

comprendere le basi legali del mercato e il rapporto esistente di queste basi con le istituzioni sociali che condizionano la vita economica<sup>237</sup>.

Laureato nelle due aree - diritto ed economia -, Hale centralizzò i suoi insegnamenti accademici per preparare avvocati, giudici ed economisti all'interpretazione secondo la quale il diritto contrattuale americano serviva, fondamentalmente e soprattutto, a giustificare il suo intrinseco potere coercitivo, in cui l'ideale affermato della libertà contrattuale era sistematizzato da una logica razionalizzata, destinata alla manutenzione delle disuguaglianze sociali<sup>238</sup>.

Il diritto inteso come un meccanismo efficace per il *controllo sociale* - termine coniato da Ross, ma portato sul terreno giuridico, per così dire, da Llewellyn<sup>239</sup>, attraverso l'*ingegneria sociale* di Pound - fu così riconosciuto e trattato in modo innovativo nella *Columbia University*. Hale, di fronte a questa caratteristica funzionale, portò a termine tale prospettiva, esaltando esplicitamente lo studio degli aspetti economici che comprendevano il diritto e, anche, l'idea di limitazione costituzionale, fino ad allora trattata - innalzata - dai formalisti come una specie di impedimento alla revisione da parte dello Stato rispetto alla tesi santificata del *diritto di proprietà*<sup>240</sup>.

Se il dibattito interessava questioni di valore e di rapporti di potere, in cui l'aspetto ideologico aveva un riflesso in svariate maniere, niente di più onesto se non riconoscere talle asserzioni e presentare ai programmi universitari, ai dibattiti giuridico-accademici, linee di discussione dirette verso la filosofia, agli affari, alle scienze sociali - specialmente all'economia - e alla scienza politica, nella misura in cui solo in questo modo il diritto sarebbe adatto ad affrontare *i rapporti segreti del potere che si sviluppavano contestualmente alla società*<sup>241</sup>.

In realtà se il *realismo dei progressisti* era una specie di riformulazione del concettualismo di Langdell, il *realismo dei radicali*, o critici, era la sua negazione, la sua antitesi, proprio perché scopriva e affrontava in modo diretto il carattere ideologico-

---

<sup>237</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p. 3.

<sup>238</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p. 3.

<sup>239</sup> LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence...*, op. cit., p. 323 e seg.

<sup>240</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p.19.

<sup>241</sup> MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto...*, op. cit., p. 55.

politico che si faceva passare per logica giuridica razionalizzata, come base del pensiero concettualista classico.

La purezza e la descrizione scientifica erano le distorsioni concettuali che venivano fortemente combattute dai critici. Lo (s)mascheramento del potere dietro la libertà causò la base per l'allargamento della discussione sulle opzioni e sulle basi politiche che scatenarono, soprattutto costituzionalmente, l'idea secondo la quale solo il potere pubblico esercita una coercizione alla libertà privata<sup>242</sup>.

Effettivamente il perspicace argomento presentato da Hale considerò come errore la concezione comunemente accettata secondo la quale *la coercizione* sarebbe un atto obbligatorio del potere pubblico che avrebbe privato qualsiasi individuo della possibilità di scelta. Al contrario, secondo lui, la coercizione assunse una forma indeterminata e indeterminabile, la cui capacità non fu solo di imporre tassativamente, ma anche, trattandosi di questioni come *la libertà e la proprietà*, o per meglio dire, questioni relative alla *libertà contrattuale* come sintesi di tutto ciò, soprattutto, di restringere e limitare la valutazione delle alternative di scelta in cui l'essere umano sarebbe, appunto, *libero* di scegliere<sup>243</sup>.

Evidentemente, la coercizione si fece presente nella sfera privata, forse in maniera indistinta da quella esercitata dal potere governativo, però tradizionalmente camuffata come *libertà d'azione*, protetta e resa possibile - dalla coercizione statale - sottoforma di un sistema creato, si crede, proprio per rafforzare non la libertà nella società nel suo aspetto empirico, ma specialmente per, in modo astratto, indurire la premessa presentata come *libertà contrattuale*.

La demistificazione secondo la quale il mercato era naturale, pre-politico e neutro fu trattata da Hale, come si può notare sopra, in tre distinte, ma vincolate, concezioni: a) sotto l'aspetto *dell'artificialità del diritto naturale di proprietà*; b) sotto l'aspetto della *coercizione*, esercitata non solo dalla sfera *pubblica*, ma anche da quella *privata*; c) sotto l'aspetto del *ruolo del diritto nell'ordinamento della vita economica* della società.

---

<sup>242</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire...*, op. cit., p. 17.

<sup>243</sup> HALE, Robert. *Coercion and Distribution in a supposedly Non-coercive State.*, op. cit., p. 470 e seg.

In realtà quello che Hale fece fu demistificare l'ethos del mercato libero, nella misura in cui riconobbe il rapporto inversamente proporzionale dettato dal potere negoziale della suscettibilità della coercizione economica, cioè, la libertà economica aveva il carattere preponderante di forza economica e, in questo modo, quanto più forte economicamente si mostrava il soggetto, più libero empiricamente diventava.

In particolare, la ridefinizione proposta da Hale sull'aspetto della coercizione fu di fondamentale importanza per la costruzione di un'inedita e caratteristica, perlomeno nel paradigma americano, teoria della regolamentazione, visto che promosse argomenti irrefutabili che rafforzarono ed entusiasmarono le ricerche degli accademici impegnati, da un lato, nel limitare le astrazioni del concetto di libertà contrattuale; dall'altro, nell'espandere, sotto gli aspetti pragmatici e funzionali, questo stesso concetto<sup>244</sup>.

In questi termini la coercizione assunse tre differenti tendenze al suo intendimento, due caratteristici della sua struttura e uno consequenziale, cioè, se presi in considerazione i precedenti: in primo luogo, essa dev'essere intesa come condizione inesorabile, che si manifesta in tutti gli ambiti in cui esiste una dicotomia potere-libertà e, oltre a ciò, dinanzi a questa dicotomia, risulta, per queste sfere, essenzialmente attraente; in secondo luogo, *la coercizione* è derivata da differenti sostrati, cioè, necessità naturali, condizioni legali imposte, direttamente o indirettamente, attraverso gli istituti della proprietà o del contratto, i quali sono a carico della sfera pubblica stessa; in terzo luogo, considerati ambedue i precedenti obiettivi - il suo carattere inevitabile e la sua plurale derivazione - si mostra inadeguata la censura preventiva, soprattutto se giurisdizionale, all'implementazione delle politiche pubbliche interventiste promosse dallo Stato, nonostante possano sortire effetti diretti nelle *scelte private*, con l'argomento meramente fattuale di trattarsi, *lato senso*, di *coercizione*.

Si rende necessario, così, riconoscere, anche se minimamente, l'inesorabilità di una politica pubblica normativa, determinata democraticamente dalla società, che

---

<sup>244</sup> HALE, Robert. Our Equivocal Constitutional Guaranties. *Columbia Law Review*. N° 39, 1939, p. 563-94.

fosse specificata e deliberata come le sue forme, come il suo angolo e la sua intensità di - *redistribuzione della - coercizione*.

Tuttavia, data la possibilità di un disaccordo concettuale rispetto al grado di coercizione, nel senso di *ridistribuzione* del potere di negoziazione, le posizioni che sostenevano la manutenzione del paradigma classico, la cui base si inquadra nell'idea secondo la quale nessuna ipotesi di intervento pubblico era permesso nelle azioni - *coercitive dei poteri di negoziazione* - privati, sarebbero caratterizzate non più come relazionate direttamente ai diritti naturali, ma a una esacerbata protezione delle azioni il cui totale divieto dell'intervento pubblico era frutto della stessa politica statale e si caratterizzava, secondo la critica mossa da Hale, dal punto di vista di un divieto istituzionalmente pattuito e, in un certo modo, incompatibile con qualsiasi *teoria minimante coerente di libertà*.

La comprensione del pensiero dei progressisti era meritevole delle parole di Peirce nel suo saggio intitolato *How to Make Our Ideas Clear: A clear idea is defined as one which is so apprehended that it will be recognized wherever it is met with, and so that no other will be mistaken for it. If it fails of this clearness, it is said to be obscure*<sup>245</sup>.

Era ovvia la convinzione secondo la quale le istituzioni erano interessate in tutti gli aspetti, sia in quelli diretti alla presa di decisioni della sfera pubblica, sia in quelli diretti alla sfera privata. Il corso dell'evoluzione, con base nel pensiero di *Charles Darwin*<sup>246</sup>, passava necessariamente per la deliberazione umana, così, non esisteva nessun motivo per privilegiarsi lo *status quo* in detrimento di ciò che si poteva produrre attraverso le istituzioni legali con una politica legislativa progressiva, per la necessaria motivazione della redistribuzione della ricchezza.

Rendere la sfera pubblica una forza positiva nell'economia, nella misura in cui inevitabilmente costitutiva della vita economica, faceva convergere, in qualche modo, il pensiero progressista britannico dei teorici di sinistra, che si avvalevano di certi insight della rivoluzione marginalista della fine del XIX secolo e anche di una

---

<sup>245</sup> PEIRCE, Charles S. *How to Make Our Ideas Clear*. In: *Popular Science Monthly*. N° 12, 1878, p. 286.

<sup>246</sup> DARWIN, Charles. *The Origin of Species*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1998.

gamma di nuovi liberali – non caratterizzati come liberisti<sup>247</sup> - dell'inizio del XX secolo, per comporre l'argomento secondo il quale era necessario controllare gli utili smisurati che i produttori ottenevano, attraverso politiche di controllo dei prezzi e di tassazioni, viste le necessità di finanziamento del benessere generale.

La riforma sociale che si costruiva grazie alla regolamentazione economica venne articolata non solo dalla seconda premessa posta da Holmes – *General propositions do not decide concrete cases* –, ma anche dalla convinzione che il valore economico era un concetto sociale, più di quello individuale e, perciò, aveva un ruolo fondamentale per la comprensione delle necessità della popolazione.

L'interesse di quello che chiaramente si caratterizzava come il primo movimento *law and economics* negli Stati Uniti, visto l'esplicito raggruppamento di ambedue le discipline<sup>248</sup>, si diresse verso l'idea che il diritto aveva un ruolo trasformatore e che questo ruolo si sarebbe sviluppato meglio se il suo rapporto con l'economia si fosse diffuso, intesa come scienza capace di rafforzare la promozione della redistribuzione della ricchezza nella società.

La diffidenza rispetto alle possibilità del libero mercato per poter sviluppare questa azione trasformatrice fece in modo che la comprensione dell'affinità tra la disciplina del diritto e quella dell'economia fosse ampiamente stimolata dalla parte critica del realismo, cioè, quella parte radicale del movimento la cui visione era diretta al di fuori delle regole classiche della *common law*, e che, di conseguenza,

---

<sup>247</sup> Il *nuovo liberalismo* era un movimento progressista, iniziato tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX. Era conosciuto anche come *liberalismo radicale* o *liberalismo sociale* e si posizionava, dal punto di vista politico, a sinistra del *liberalismo classico*. Alcuni nomi sorgono per sintetizzarlo come, per esempio: *Leonard Hobhouse* in Inghilterra, *Franz Oppenheimer* in Germania e *John Dewey* nel Nord America. È possibile affermare che il nuovo liberalismo è alla base del primo movimento *Law and Economics*. È importante salientare, tuttavia, la grande differenza e, persino, la pionieristica autenticità e profondità di questo pensiero rispetto al secondo movimento *Law and Economics* che, dopo aver riutilizzato il nome per altri fini, si avvale del cosiddetto *noeliberismo* o *liberismo economico*, cristallizzato in *Friedrich von Hayek* – che, per coincidenza, ristabilì anche il nome del movimento precedente, per mettersi in una posizione chiaramente opposta –, vista la necessità di creare le sue premesse.

<sup>248</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, op. cit., p.176, indica la tesi che la teoria economica preponderante influenzava già profondamente la decisione giudiziale, come nel caso della dottrina del *Substantive Due Process*, che secondo egli era dominata dall'economia politica classica: *the importance of this argument is not to show that judges were right, but that political economy helped them think they were right.*

credeva in una legislazione progressiva all'implementazione del benessere collettivo<sup>249</sup>.

Se, da un lato, l'aspetto storico e statistico fu potenziato all'interno del dibattito economico dallo sprigionarsi della forza del movimento istituzionalista, il cui adeguamento al metodo induttivo promosso dalla *Scuola Storica Tedesca* fu una specie di rottura paradigmatica; dall'altro, l'inizio della *rivoluzione Marginalista*, che coniò il termine *utilità marginale*, fu di grande influenza nella riformulazione della *teoria del valore*<sup>250</sup>.

Sotto un altro aspetto, al di fuori del costo storico della produzione, base della teoria del valore sviluppata dagli economisti politici classici, il valore di un bene non era più rapportato e dipendente alla quantità di lavoro a esso preventivamente impiegato, ma si legava a questioni soggettive stabilite dall'utilità marginale di ogni bene, la cui misura era stabilita da una valutazione comportamentale basata sulla motivazione marginale del pagare<sup>251</sup>.

Nonostante la forte svolta conservatrice della corrente marginalista, determinata in particolare dal pensiero di *Lionel Robbins*<sup>252</sup>, all'inizio del terzo decennio del XX secolo, che svincolò le implicazioni della teoria neoclassica dell'idea del benessere sociale e, così, da un'analisi comparativa individuale dell'utilità, il progetto inizialmente costruito su un pilastro, fece sì che si rafforzasse, in qualche modo, la proposta sempre più intensa dell'intervento statale sul mercato.

Detto in altre parole, il marginalismo fu una specificazione coerente, trattandosi dell'interesse dei progressisti, di comprendere come gli incentivi umani

---

<sup>249</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economics Movement...*, *op. cit.*, p. 995.

<sup>250</sup> JEVONS, William Stanley. *The Theory of Political Economy*. 3.ed. London Macmillan, 1888. Disponibile on line: <http://oll.libertyfound.org/title/652>.

<sup>251</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Knowledge About Welfare...*, *op. cit.*, p. 817.

<sup>252</sup> ROBBINS, Lionel. *Interpersonal Comparisons of Utility*. In: *Economic Journal*. N° 635. 1938, p. 635. Nonostante la chiara divergenza metodologica tra i Neoclassici che seguirono la scia di *Robbins* - e che difendevano l'equilibrio a lunga scadenza, la concorrenza perfetta, ecc. - e la Scuola Austriaca di Economia, identificata dal pensiero di autori come, per esempio, *von Mises* e *Friedrich Hayek*, è importante mettere in luce l'influenza dell'una sull'altra, nella misura in cui *Robbins* seguì assiduamente il famoso seminario promosso da *Mises* presso la Camera del Commercio di Vienna - *privatseminar* -, sviluppatosi tra il 1920 e il 1930. Forse sorse in virtù di queste discussioni, il *soggettivismo* sostenuto da *Robbins*. Vedere: HUERTA DE SOTO, Jesús. *Escola Austríaca. Mercado e criatividade empresarial*. Lisboa: Causa Liberal, 2005, p. 169-70.

potessero essere controllati e, in particolare, per delineare come il benessere umano poteva essere diffuso.

In questi termini, il significato dato all'intervento statale, la cui proposta sorge dal raggruppamento dei ridimensionamenti avvenuti in entrambe le discipline – diritto ed economia –, era destinato all'espansione delle basi della già iniziata teoria della redistribuzione della ricchezza, e quest'espansione era il nesso fondamentale che caratterizzava il cosiddetto primo movimento *law and economics*<sup>253</sup>.

Così ebbe una funzione importante la scuola nota come *Material Welfare*, capitanata da *Alfred Marshal* e *Arthur Pigou* a Cambridge, nella misura in cui fu abbastanza influente tra i pensatori progressisti americani, più precisamente quelli interessati alla corrente critica o radicale del realismo come, per esempio, *Richard Ely* e *Edwin R. A. Seligman*, i quali difendevano che il trasferimento involontario della ricchezza poteva fare in modo che la società, in senso ampio, diventasse migliore.

Considerando l'equazione composta dai marginalisti che dimensionava la possibilità che una persona ottenga una soddisfazione rispetto a un bene secondo la sua utilità marginale, cioè, per il valore impiegato nell'ultima unità di un determinato bene, la politica progressista, andando verso la massimizzazione del benessere sociale, puntò al concetto di utilità marginale per indicare che l'utilità sociale verrebbe massimizzata nella misura in cui venissero uguagliate le utilità marginali individuali.

Così, una politica di trasferimento forzato della ricchezza, dal ricco al povero, secondo questa visione del marginalismo proposta dalla *Material Welfare School*, permetterebbe la conclusione che la utilità sociale totale – anche se rimanendo inalterato il guadagno aggregato reale della comunità – si rafforzerebbe, visto che gli utili interpersonali passerebbero, necessariamente, per un processo di livellamento delle utilità individuali aggregate<sup>254</sup>.

In altre parole, questo concetto di benessere giustificò la comprensione con la quale gli studiosi interessati all'evoluzione del rapporto tra diritto ed economia,

---

<sup>253</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economics Movement...*, *op. cit.*, p. 1001.

<sup>254</sup> ROLL, Eric. *A History...*, *op. cit.*, p. 347 e segs.

riponevano la loro fiducia in un elevato grado di statalizzazione per l'implementazione delle politiche pubbliche dirette, per esempio, al minimo salariale, all'istruzione pubblica gratuita, alla tassazione graduale sugli utili, il pagamento destinato ai minimi vitali dei poveri, ecc. Inoltre: l'essenza del pensiero veniva costruita dall'idea secondo la quale la *distribuzione paritaria della ricchezza sarebbe capace di promuovere e fortificare il benessere sociale*.

In qualsiasi caso, durante il periodo della *Progressive Era*, il dibattito che assunse tonus, fu quello relativo all'oggettività di queste legislazioni interventiste, ossia, della scientificità delle leggi per le quali il potere pubblico disponeva in merito alla redistribuzione egualitaria della ricchezza. Tra queste leggi, quelle che provocarono maggiori controversie furono quelle che determinavano, secondo la convinzione in criteri empirici, la base di un minimo salariale per la popolazione.

I progressisti, in questo senso, ritenevano che fosse possibile misurare scientificamente e oggettivamente la quantità minima di risorse necessarie alla sopravvivenza di una famiglia. Avvalendosi della *Teoria dell'Evoluzione di Darwin*<sup>255</sup>, condivisa assieme all'idea di *utilità marginale*, elencarono i seguenti punti: a) gli esseri umani hanno un rapporto biologico forte e le loro preferenze sono costruite, innanzi tutto, prendendo in considerazione l'istinto di sopravvivenza; b) a differenza degli altri organismi, gli esseri umani sono capaci di modificare e dirigere il loro processo evolutivo; c) gli individui hanno necessità e desideri di beni, però quanto più un determinato individuo ha un bene, meno intensamente questo bene influisce nella vita di quell'individuo; d) il libero mercato è visto come fragile e manipolato dal potere dominante e non possiede l'aspetto descritto dalla politica economica classica; e) l'omogeneità tra individui, dettata dal processo evolutivo, fa in modo che sia possibile la comparazione interpersonale delle necessità del benessere; f) lo Stato ha la capacità di promuovere il benessere, inserendosi nel processo di redistribuzione delle risorse<sup>256</sup>.

Di fronte a queste basi la teoria progressista riunì con sé, da un lato, la considerazione delle preferenze individuali, dall'altro, l'omogeneità sostanziale di

---

<sup>255</sup> DARWIN, Charles. *The Origin of Species.*, *op. cit.*

<sup>256</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Knowledge About Welfare...*, *op. cit.*, p. 820.

queste preferenze, le quali erano condotte dal processo evolutivo, cioè, tali preferenze non erano nient'altro che *l'istinto di sopravvivenza* che ogni essere umano portava con sé, la cui contingenza era determinata da questo processo.

Così, il pensiero giuridico progressista aveva una complessa radice che, tuttavia, non impediva di indicare verso la distribuzione più equanime della ricchezza e per il rafforzamento del benessere sociale: da un lato, per quanto riguarda le sue basi sulla scelta umana, era individualista e liberale; dall'altro, trattandosi della natura umana e del benessere, era chiaramente collettivista. Questo fece in modo che il movimento *Law and Economics* dei primi decenni del XX secolo fosse tecnico e formale, a causa della scoperta dell'utilità marginale; pratico e storico-materialista, a causa dello sviluppo dell'istituzionalismo economico<sup>257</sup>. Nonostante tutto ciò, trattandosi della teoria sociale per la quale fu costruito il pensiero legale progressista, si privilegiava il repubblicanesimo, a discapito dell'idea liberale classica<sup>258</sup>.

In qualsiasi caso, l'istituzionalismo e il marginalismo, in quel periodo, ebbero un rapporto virtuoso, nella misura in cui ambedue riconoscevano, secondo l'idea progressista della concezione sociale del valore economico, il confronto interpersonale dell'utilità. Gli istituzionalisti non rifiutavano il marginalismo come principio basilare della comprensione dell'economia, ma lo criticavano quando l'analisi marginale fu difesa come spiegazione completa, restrittiva e inesorabile del comportamento del mercato.

Le fonti classiche dell'economia, in questo senso, furono colpite da due angolazioni diverse, raggruppati dalla convinzione progressista che la concezione sociale del valore economico era implicita nel marginalismo, a differenza dell'idea chiusa e conservatrice del valore dei classici, modellata unicamente sulla concezione del costo della produzione e senza nessuna composizione sociale.

---

<sup>257</sup> Quanto allo sviluppo dell'istituzionalismo negli USA vedere: THORSTEIN, Veblen. *The theory of business enterprise*. New York: Charles Scribner's sons, 1904. THORSTEIN, Veblen. *Theory of leisure class*, New York: Macmillan, 1899. COMMONS, John. *Law and Economics*. *Yale Law Journal*. N° 34, February, 1925. COMMONS, John. *Institutional economics*. New York, McMillan, 1934.

<sup>258</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Knowledge About Welfare...*, *op. cit.*, p. 810.

La grande resistenza del classicismo economico, tuttavia, non venne direttamente destinato all'economia di per sé. Trattandosi della realtà americana, come cadenzatamente viene dimostrato, la resistenza positiva alla manutenzione dei precetti classici del libero mercato proveniva direttamente dalla Corte Suprema Americana, la cui interpretazione del *14th Amendment*, in quel periodo, sosteneva che il salario legale era stabilito direttamente dalle leggi del libero mercato.

Anzi, orientandosi sempre verso la manutenzione dello *status quo*, la corte impiegò, inoltre, nelle sue decisioni posizioni contrarie alla comparazione interpersonale dell'utilità marginale – quella sviluppata dai progressisti –, e costituzionalizzò il *criterio soggettivo*, cioè, il capovolgimento dato dalla comprensione del criterio stesso dell'utilità marginale nella scelta delle preferenze individuali, non più diretto al benessere sociale, ma unicamente all'utile o, per meglio dire, alla massimizzazione dell'utilità composta dalla comprensione del benessere individuale: *liberty of contract represented the judicial triumph of the subjective, individualistic doctrine of welfare over the "social" or objective doctrine*<sup>259</sup>.

Con il rafforzamento dell'analisi marginale e con la teoria del prezzo da essa costruita, cambiando direzione, ossia, diretta verso la proposta della teoria dell'organizzazione industriale, dove la premessa dell'utile privato come massimizzazione dell'utilità prese il posto della proposta della redistribuzione, il marginalismo economico neoclassico, ridimensionato dalla rivoluzione ordinalista soggettivista del 1930, destrutturò la teoria progressista del benessere sociale, lasciando intatta, cioè, rinvigorendo la teoria degli incentivi individuali.

Dopo il 1930 il pensiero marginalista incoraggiò lo sviluppo dell'attore economico individuale e del libero mercato, tuttavia, non si preoccupò più delle conseguenze di questo sviluppo nei confronti del benessere collettivo e neppure dell'appoggio della politica legislativa statale a fini redistributivi.

Gradatamente, mentre la cosiddetta *mainstream economics* – la teoria economica dominante – abbandonò l'idea iniziale della sfiducia nel mercato, ricostruendo così, un modello teoretico capace di rendere l'ambito economico privato

---

<sup>259</sup> POUND, Rescoe. Liberty of Contract. N° 18, *Yale Law Journal*, 1909, p. 454.

il grande precursore della sistemazione delle risorse, sostenendo, contro le agenzie regolatrici dello Stato, oltre all'esistenza di *interessi speciali* da parte di esse, *l'imperfezione del processo politico e l'inattuabilità della votazione maggioritaria* nel produrre risultati stabili alla massimizzazione del benessere<sup>260</sup>; il pensiero progressista rispose all'altezza, abbandonando il *mainstream economics* neoclassico e con esso la sua interpretazione preliminare non interventista dello Stato nell'economia.

Ovviamente rimane, trattandosi di progressisti, per la composizione del valore sociale, l'influenza degli utilitaristi inglesi e della Scuola Storica Tedesca. La sociologia e la psicologia assunsero un ruolo fondamentale nella teoria giuridica, l'economia - *mainstream economics* - perse interamente spazio, restando alla periferia del diritto.

In altre parole, nella misura in cui l'economia neoclassica si sviluppò, basandosi su concetti puri e matematici, i progressisti diressero la loro teoria legale verso l'istituzionalismo che, in quel periodo, verso il terzo decennio del XX secolo, a sua volta, fu praticamente escluso dal circolo economico<sup>261</sup>. L'economia del benessere, sotto quest'aspetto, diventò ostile agli elementi redistributivi proposti dai due lati della corrente realista - responsabile per la fondazione del New Deal; secondo loro - i neoclassici - politica di redistribuzione della ricchezza poteva essere giustificata solo se fosse in voga il suo punto di vista politico e assiologico, ma mai fondato sulle basi della scienza economica propriamente detta<sup>262</sup>.

Questo cambiamento fu prontamente identificato da *Veblen*<sup>263</sup>, secondo il quale l'economia, sempre più contromano rispetto ai neoclassici, diventare una scienza sociale, cioè, era ruolo dell'economia comprendere le *abitudini sociali* secondo le quali le persone erano influenzate nelle loro azioni. Non bastava, come volevano i *neoclassici soggettivisti*, semplicemente prendere in considerazione le preferenze delle

---

<sup>260</sup> COASE, Ronald. The Problem of Social Costs., *op. cit.* ARROW, Kenneth J. 2.ed. *Social Choice and Individual Value*. NY: John Wiley & Sons, inc., 1963, capitoli III, V, VII.

<sup>261</sup> HOVENKAMP, Herbert. Knowledge About Welfare..., *op. cit.*, p. 837.

<sup>262</sup> In questo senso vengono interpretate le critiche de: HICKS, John. The Foundations..., *op. cit.*, p. 696 e seg. KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions..., *op. cit.*, p. 549 e seg.

<sup>263</sup> VEBLEN, Thorstein. The Limitations of Marginal Utility. In: *Journal of Political Economy*. N° 17, 1909, p. 620 e seg.

persone come tali, diventava necessario, questo sì, ricercare rispetto alle fonti evolutive di queste abitudini sociali che influenzavano tali preferenze.

Il rifiuto della concezione formulata dalla *mainstream economics*, per cui gli esseri umani sarebbero attori economici con una selezione stabile di preferenze generali con le quali sarebbe possibile raggiungere l'equilibrio, fece in modo che *Veblen* la identificasse come non evolutiva, formalista tassonomica e tautologica.

In questo senso, il primo movimento *law and economics* credeva nel processo evolutivo delle istituzioni come riflesso del cambiamento graduale della società, questo cambiamento gradativo però, veniva identificato e garantito dal diritto, ma con una peculiarità: la sperimentazione legislativa era l'essenza di questo processo evolutivo; la *common law*, secondo loro, si dimostrava molto indolente come meccanismo di controllo sociale.

Chiaramente questo movimento tra diritto ed economia nel continente americano nacque da un aspetto rivoluzionario dal punto di vista scientifico. Ricercatori si occuparono della scienza sociale in generale, ma anche, della politica, del diritto e dell'economia ed erano impegnati nell'identificazione delle basi e delle giustificazioni per spiegare il rapporto tra queste discipline. Interesse, valore, redistribuzione involontaria e i suoi effetti, avevano l'ampiezza dell'interdisciplinarietà e tale ampiezza non metteva a rischio né il carattere scientifico delle ricerche e neppure il carattere economico della stessa disciplina economica.

In realtà l'argomento della non scientificità del metodo e della non appartenenza delle questioni - economiche - discusse in quel periodo nella scienza economica, come fattori determinanti della stessa svalutazione del rapporto tra le discipline per la comprensione dell'esistenza di una prima corrente *law and economics*, caratterizzò unicamente la forte opzione politica e ideologica proveniente dall'Università di Chicago - luogo iniziale dell'applicazione della microeconomia neoclassica soggettivista al diritto -, nella misura in cui si appropriò di un concetto ristretto della scienza, esponenzialmente vero e immutabile che, se visto dallo stesso

punto di vista di quello impiegato, assumerebbe anche forti caratteristiche di dichiarazione della sua non scientificità.

Così le basi dell'espansione della critica ordinalista neoclassica nell'epoca progressista, la riformulazione della preferenza per il controllo del mercato – come meccanismo fedele dell'allocazione delle risorse al posto dello Stato –, ma anche la costruzione del secondo movimento *law and economics* è quello che verrà trattato nel punto successivo.

#### 2.4 – Il secondo movimento *law and economics*: il consenso del modello neoclassico ordinalista e la sua (ri)approssimazione al(lo) (Stato di) Diritto contemporaneo

Il disinteresse e persino il rifiuto alle premesse redistributive del primo movimento *Law and Economics*, fondato sull'accusa logico-positivista relativa all'impossibilità della verifica/falsificazione di qualsiasi confronto interpersonale dell'utilità, fece in modo che la *mainstream economics* si dirigesse verso un ruolo teoretico, strettamente preoccupato con l'intesa della manifestazione esterna – come, per esempio, le transazioni volontarie del mercato – delle scelte individuali soggettive rispetto alla scarsità di beni.

Questo capovolgimento si consolidò a causa del colpo di misericordia dato alla scissione, non solo tra il pensiero giuridico e la teoria economica, ma soprattutto, della teoria economica rispetto alle altre scienze sociali, come fu riferito da *Joseph Schumpeter, dell'individualismo metodologico*<sup>264</sup>.

Schumpeter indicò la netta separazione tra i progressisti e i neoclassici, dato che questi ultimi considerarono irrilevante per la scienza economica qualsiasi ricerca che fosse diretta all'interrelazione delle preferenze umane, all'adeguamento e alla sopravvivenza. Secondo l'orientamento neoclassico, messa nella direzione dall'organizzazione industriale<sup>265</sup>, l'importante era riconoscere che tutte le cose

---

<sup>264</sup> SCHUMPETER, Joseph. On the Concept of the Social Value. *op. cit.*, p. 213–32.

<sup>265</sup> Importante saliente in questo contesto il saggio paradigmatico di COASE, Ronald. The Nature of the Firm. N°. 4. *Economica*, (n.s.), 1937.

richieste, prodotte e pagate assumevano un determinato modello, unicamente perché frutto della volontà individuale<sup>266</sup>.

Era necessario, in questi termini, promuovere lo *status* scientifico<sup>267</sup>, e lo *status* scientifico verrebbe adeguatamente divulgato dalla *rivoluzione positivista*. Tali implicazioni avrebbero avuto effetti drastici nel rapporto tra diritto ed economia o, per meglio dire, nella svalutazione del primo movimento *law and economics*, come movimento scientifico propriamente detto.

Assunse un'importante posizione in questo contesto la *psicologia razionalista* come scienza positiva. Basata nell'idea di *behaviorismo*, essa mise la scientificità delle risposte esterne come autentico apparato destinato a costruire generalizzazioni sociali allo scopo di comprendere il comportamento di grandi gruppi<sup>268</sup>.

Tuttavia, mentre la psicologia si avvaleva del *behaviorismo* per la comprensione delle manifestazioni esterne, l'economia neoclassica ordinalista cercò nella psicologia behaviorista il rafforzamento alla sua comprensione del paradigma positivista, eppure, contrariamente alla propria scienza della psicologia, riconobbe il *behaviorismo* non come un metodo capace di trarre risposte esterne, obiettive, su grande scala, ma come valorizzazione individuale soggettiva in condizioni di scarsità, il che, come risultato, fece rinvigorire l'ideologia politica conservatrice e, in alcuna misura, l'individualismo da essa definito, precedentemente minacciato dalle premesse redistributive del programma progressista.

---

<sup>266</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 216.

<sup>267</sup> Importante risaltare il ruolo fondamentale che ebbe la *Scuola Austriaca di Economia* comandata, inizialmente, da *Carl Menger* a questo proposito. Nella lotta metodologica – ma, in un certo modo, anche politica – contro gli storici tedeschi e, successivamente, contro gli istituzionalisti americani, gli austriaci, difensori della tradizione soggettivista e dinamica dell'analisi dei processi di mercato, si unirono ai teorici del paradigma neoclassico – ordinalista – dell'equilibrio allo scopo di mantenere l'apertura dello *status* scientifico della teoria economica. Tuttavia, tale strategia ebbe un elevato costo, nella misura in cui il trionfo dello stesso *status* scientifico dell'economia, dopo il 1930, fu ammesso come il trionfo dell'economia neoclassica – ordinalista –, dove l'equilibrio assunse un ruolo primordiale, delegittimando, o non riconoscendo, il metodo scientifico dell'azione umana proposto dagli austriaci. Vedere, pertanto: HUERTA DE SOTO, Jesús. *Escuela Austríaca...*, *op. cit.*, p. 123 e seg.

<sup>268</sup> WATSON, John B. *Behaviorism* 5, 1930.

Verso il 1930 l'economia, dati gli investimenti neoclassici ordinalisti – influenzati e rafforzati dal *behaviorismo soggettivista*<sup>269</sup> –, si spogliò della sua antica definizione, radicata a partire dal pensiero classico, come *scienza della ricchezza e*, in determinati livelli, successivamente dalla sua distribuzione, per diventare *la scienza della scarsità*<sup>270</sup>.

L'abisso creato tra queste due concezioni si mostra di fondamentale importanza per la comprensione di tutto il meccanismo che allontanò l'economia dal diritto durante il periodo dell'era progressista e che, più tardi, all'inizio del 1960, servì a stimolare le basi della messa in atto del discorso economico nella scienza giuridica, condizionando questa a esso.

Detto in altre parole, l'osservazione dell'economia come scienza preoccupata nello spiegare come le persone cercavano di accumulare ricchezze, cioè, accumulare beni, contemporaneamente, con valore di uso e con valore di scambio, percepita come categoria oggettiva, faceva in modo che gli studi economici, compresi quelli dei primi marginalisti, fossero diretti a questioni come: redistribuzione, costo e domanda, rapporto utilità/valore, definizione del valore sociale di determinate commodities per la messa in atto delle politiche pubbliche, ecc.; tuttavia, la critica posta dall'economia positivista comandata da *Robbins*, alla ricerca di un altro livello di scientificità, definì l'economia come misura umana individuale in risposta alla scarsità, coprendo, così, qualsiasi comprensione oggettiva della ricchezza.

L'economia, in questi termini, diventò null'altro che una riflessione soggettiva della scelta individuale nell'ambito del mercato, una preferenza rivelata, come disse *Paul Samuelson*<sup>271</sup>. Il rafforzamento o la diminuzione del benessere

---

<sup>269</sup> Vedere, pertanto, HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economics Movement...*, *op. cit.*, p. 1031 e seg.

<sup>270</sup> COOTER, Robert; RAPPOPORT, Peter. *Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics?* In: *Journal Economics Literature*. N° 22, 1984, p. 507 e seg.

<sup>271</sup> SAMUELSON, Paul A. *Consumption Theory in Terms of Revealed Preference*. In: *econômica*. N° 15, 1948, p. 242 e seg. È importante distinguere la concezione di *Samuelson* di *preferenza rivelata* da quella difesa da *Rothbard* di *preferenza dimostrata*. La prima, fondata sulla comprensione metodologica neoclassica – la scala di preferenze di ogni persona rimane inalterata nel tempo –; la seconda, sulla base della *prasseologia* della *Scuola Austriaca* – la preferenza di ogni persona è destinata solamente al momento in cui agisce. Vedere, pertanto: ROTHBARD, Murray N. *Man, Economy and State. A Treatise on Economic Principles with Power and Market Government and the Economy*. 2.ed. Auburn. Alabama. Ludwig Von Mises Institute, 2001, p. 15 e seg.

generale, come anche le manifestazioni esterne del dolore/piacere non erano – più – evidenze scientifiche, per l'impossibilità della verifica empirica, che permettevano di identificare dei cambiamenti avvenuti nello stesso benessere.

Se la volontà individuale di pagare era l'unica fonte determinante del valore di un bene, la comprensione del benessere avrebbe dovuto essere svincolata dalla struttura caratteristica delle scienze sociali e seguire gli stessi passi percorsi dal nuovo concetto di valore, cioè, sarebbe dovuto dipendere dalla valorizzazione individuale aggregata.

In questo contesto, economia del benessere e mercato competitivo sarebbero mutuamente vincolati, nella misura in cui: a) la competizione perfetta massimizzerebbe la totalità del benessere sociale; b) qualsiasi intervento statale, non giustificato da una falla nel mercato, ridurrebbe il benessere o, nella migliore delle ipotesi, causerebbe delle conseguenze indeterminate; c) una cattiva distribuzione della ricchezza non potrebbe essere caratterizzata da falle nel mercato.

L'impatto ideologico dell'ordinalismo promosso da *Robbins*, dell'aspezione metodologico-scientifica, fu portato a termine da *Milton Friedman*<sup>272</sup> e dai positivisti della *Scuola di Chicago*, con il presupposto dell'eliminazione della morale e dell'etica nell'economia, il cui risultato permise che si ristrutturasse, con restrizioni, la teoria economica del benessere sotto le vesti articolate della teoria della *superiorità efficiente*, alla ricerca dell'*ottimizzazione*, produttrice e prodotto dell'equilibrio di *Vilfredo Pareto*<sup>273</sup>.

La *teoria dell'efficienza di Pareto*, come fu conosciuta, mitigò la corrente progressista della politica statale del benessere, nella misura in cui adottò l'idea fallace dell'incremento del benessere generale per il paradosso creato dalla percezione individuale soggettiva di miglioramento, il cui intuito era quello di evitare qualsiasi confronto interpersonale dell'utilità<sup>274</sup>. Il risultato di tutto ciò fu

---

<sup>272</sup> FRIEDMAN, Milton. The methodology of Positive Economics. In: *Essays in Positive Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1970, p. 1-43.

<sup>273</sup> PARETO Wilfredo. *Manuale di economia politica*. Milano: EGEA, 2006, p., 107 e seg.

<sup>274</sup> In questo senso si presuppone come utilità totale, la capacità di aggregare individualmente funzioni di utilità. Per il dimensionamento della questione vedere la raccolta di saggi di Coleman: COLEMAN,

quello di rendere insostenibile, impossibile, secondo questo criterio, identificare l'espansione del benessere generale dovuto al trasferimento involontario della ricchezza; ma, viceversa, aumenta sempre più la comprensione che l'incremento del benessere avverrebbe, naturalmente, con cambiamenti di mercato.

Tuttavia, con un'analisi più accurata, è indispensabile affermare che nessuna intesa del miglioramento dell'utilità totale sarebbe possibile senza riconoscere, necessariamente, alcuni *standards* obiettivi minimi per il confronto interpersonale dell'utilità<sup>275</sup>. Detto in un altro modo, i criteri di Pareto erano inefficienti, cioè, cosciente o incoscientemente, erano incapaci, dinanzi alla sua stessa base scientifica, di fornire delle risposte soddisfacenti all'aumento dell'utilità totale della società; indipendentemente da ciò, svolsero in modo sufficiente, forse anche quello che si può chiamare di vero scopo: ordinare le preferenze individuali connesse alla concezione del libero mercato, sotto le vesti del liberismo economico<sup>276</sup>.

Pertanto, il criterio *Pareto-superiore* marca il rapporto di due stati delle cose e determina che il miglioramento dello stato rispetto all'altro è efficiente nella misura in cui, e solo nella misura in cui, perlomeno una persona ammetta il miglioramento del proprio benessere – soggettivo – e nessun'altra persona verifichi una qualsiasi riduzione del proprio benessere – anch'esso soggettivo –.

In questo stesso senso, il criterio Pareto-ottimo viene segnalato quando, per qualsiasi destinazione di risorse, cioè, per qualsiasi miglioramento del benessere individuale, sia necessaria una riduzione del benessere di un altro soggetto.

Ambedue le concezioni di efficienza create da Pareto sono vincolate, nella misura in cui esiste la distribuzione Pareto-ottima, quando è assente la possibilità dell'applicazione del criterio Pareto-superiore, tuttavia, ciò non vuol dire che, come presentato da *Coleman*<sup>277</sup>, non si raggiunga lo stato Pareto-ottimo per altri criteri

---

Jules. *Markets, Morals, and the Law*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 2005, in particolare, Part II: Law and Economics, p. 67-133.

<sup>275</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 95 e seg.

<sup>276</sup> Vedere la critica rispetto al liberismo economico nella terza parte di questo lavoro, alla voce che tratta del rapporto democrazia/liberalismo.

<sup>277</sup> COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law*. *op. cit.*, p. 129.

diversi dal Pareto-superiore, come per esempio, Kaldor-Hicks e lo stesso Pareto-superiore.

In qualsiasi caso, non tardarono argomenti che esposero i limiti della teoria dell'efficacia costruita da Pareto, sia rispetto al suo rapporto con l'utilitarismo come base normativa, sia al meccanismo formale di intendimento dell'efficacia propriamente detta.

Nonostante questo, si evidenziano a seguire tre critiche alla teoria dell'efficacia di Pareto, ossia, la prima si posiziona come intersezione della base normativa - utilitarista ordinalista - con il meccanismo formale di comprensione della teoria; la seconda rispetto allo stesso meccanismo formale della comprensione della teoria; e, terza, nel suo aspetto ideologico: a) *la critica dell'impossibilità*: per l'impossibilità reale dell'informazione e, inoltre, per l'unanimità in una determinata situazione - senza parlare del carattere paradossale e contraddittorio in cui si pone il prerequisito fondamentale della teoria, la percezione individuale soggettiva e incomparabile del benessere, con la necessità di una percezione unanime alla portata di una determinata situazione -, che viene consolidata dall'esistenza influente di una pluralità di situazioni del mondo reale, l'efficienza risultata già pregiudicata; b) *la critica del rispetto/negazione/superamento del diritto individuale al veto*: per il carattere di obbligatorietà di attingere il consenso e l'unanimità, cioè, in una determinata situazione, anche se efficiente, non esiste nessuna possibilità reale di coercizione all'accettazione da parte di tutti, senza che tale coercizione all'accettazione non negui il diritto individuale al veto. In altre parole: o il diritto individuale al veto, se rispettato, non permette e non caratterizza l'efficienza, o l'efficienza si sovrappone al diritto individuale al veto; o, inoltre, come il massimo di tutto ciò, l'efficienza si lega a una *fallacia normativa* per soppiantare il diritto individuale con il consenso<sup>278</sup>; c) *la*

---

<sup>278</sup> Qui é interessante avvalersi della metafora posta da POLINSKY, Mitchell A. *An Introduction to Law and Economics*. 3.ed. New York: Aspen Publishers, p. 1-2. Un incidente marittimo lasciò bloccati su un'isola deserta senza cibo, un fisico, un chimico e un economista. Dopo alcuni giorni trovarono una scatola di fagioli. I tre si riunirono e ognuno diede la propria opinione su come egllo aprire la scatola. Il fisico propose il seguente metodo: *i've calculated that the terminal velocity of a one-pound object - the weight of the can - thrown to a height of twenty feet is 183 per second. If we place a rock under the can the impact should Just burst the seams without spilling the beans*. Il chimico diede la sua risposta, contrariando il fisico: *that's risky since we can't be sure we will throw it to the corret height. I've got a better idea. Let's start a fire an heat the can on the coals for one minute, thirty-seven seconds. I've calculated that this should just burst*

*critica della manutenzione dello status quo e della soppressione della giustizia distributiva:* trattandosi, teoricamente, della situazione ottima di Pareto – cioè, una determinata situazione viene assunta come ottima di Pareto quando non si può, in nessuna ipotesi, migliorare le condizioni – soggettive – di un individuo senza, perciò, peggiorare le condizioni di un altro – lo *status quo* deve rimanere inalterato anche quando si sopprime la giustizia distributiva, è ottima di Pareto sia una società A che accumula tutte le risorse a X e nessuna a Y, sia una società B che divide le risorse in parti uguali tra X e Y<sup>279</sup>.

Jules Coleman<sup>280</sup> va al punto centrale della discussione e indica il problema della proposta dell'efficienza sviluppata da Pareto nel vincolo di questa all'ordinalismo soggettivo dell'utilità, nella misura in cui l'utilitarismo ordinalista assunse – fu posto – come il presupposto normativo dell'efficienza.

Sotto due aspetti, uno consequenziale e l'altro no, Coleman propone alcune questioni inerenti all'utilitarismo applicato al – o delineato dal – pensiero economico. Senza discutere il carattere consequenziale, frappono: quali preferenze devono prevalere, cioè, quali sono i limiti delle preferenze? Come l'ordinalismo può dedicarsi alla diffusione dell'utilità totale senza ricorrere alla distribuzione e neppure, si aggiunge, senza valorizzare le questioni tipiche di un costo marginale crescente e di un beneficio marginale decrescente<sup>281</sup>? Come quantificare l'aumento dell'utilità totale senza la concezione della comparazione interpersonale? Tutti questi assunti rimangono alla mercè – solamente – delle risposte ideologiche e si indeboliscono ancor più se vengono accettate le critiche che fanno riferimento al carattere consequenziale dell'utilitarismo<sup>282</sup>, sviluppato, è bene che sia detto, nella

---

*the seams... L'economista reagì e trovò l'idea di ambedue complicata, dicendo: both of your methods may work, but they are too complicated. My approach is much simpler: Assume a can opener.* Polinsky riferisce che la storia contiene una *verità* e una *menzogna*: la verità è che gli economisti lavorano sulla base di proposte; la menzogna è che le proposte siano ridicole. Sfortunatamente, aggiunge, pensandoci bene, una menzogna non è sempre una menzogna.

<sup>279</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho. Doxa*. N°4, 1987, p. 273.

<sup>280</sup> COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law.*, op. cit., p. 96 e seg.

<sup>281</sup> Vedere l'idea di preferenze sociali non lineari di *Nash* e *Rawls*. Un buon esempio è dato dal testo di: PARISI, Francesco. *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*. In: *Biblioteca della Liberta*, 1998.

<sup>282</sup> Questa critica consequenzialista può essere presa in considerazione solo nella misura in cui si ammette l'intrinseco rapporto tra efficienza e utilitarismo, come fece *Richard Posner* nel trattare

concezione dell'efficienza paretiana, cioè, di una ragione morale generale alla ricerca delle sue previsioni.

A questo punto è importante inserire un addendo, nella misura in cui le domande consequenziali della dottrina utilitarista, messe nella discussione anglosassone, fanno riferimento alle violazioni di principi morali a causa dell'aumento dell'utilità totale, ma anche agli obblighi di un determinato individuo nell'agire in beneficio di altri, rompendo con la libertà individuale. Si difende in questa sede, se lo si renda necessaria, una nomenclatura differenziata con, forse, risultati più nitidi, cioè: la non violazione dei principi costituzionali diretti alla protezione dei diritti fondamentali, a favore di un aumento dell'utilità totale, ma anche il non obbligo di un individuo di agire in favore di altri, quando esiste a garanzia - secondo quei principi costituzionali - della sua non obbligatorietà.

Inoltre: in virtù del carattere assunto dal diritto, soprattutto negli ultimi decenni del XX secolo e in questo primo decennio del XXI secolo, cioè, in virtù del ruolo trasformatore della società che il diritto invoca, è inconcepibile condurre l'efficienza economica ai modelli di Pareto, con una base normativa dell'ordinamento di preferenze individuali dell'utilità - o benessere - non comparabili tra loro, nella misura in cui nulla aiuta alla messa a punto di garanzie di diritti e/o politiche pubbliche determinate costituzionalmente.

Come intervengono *Calabresi* e *Bobbit*<sup>283</sup>, esiste un equivoco nella comprensione e nella fiducia rispetto al criterio di Pareto sviluppato dall'economia del benessere neoclassico soggettivista: questi, espresso secondo i modelli dello stesso *teorema de Coase*<sup>284</sup> - vista la proposizione che gli interessati avevano nelle negoziazioni: *conoscenza sostanziale dei fatti, razionalità perfetta, assenza dei costi di transazione e assenza dell'effetto sul reddito* - rivela, appunto, il suo fallimento come guida delle scelte politiche, perché, a parte il costo della *creazione/ manutenzione del mercato* - che è escluso dal teorema -, un'ipotesi X non legata al mercato, non può

---

l'assunto. POSNER, Richard. A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. In: *The Journal of Legal Studies*. N° 8, 1979, p. 103-40.

<sup>283</sup> CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Scelte tragiche*. Giufrè Editore: Milano, 2006, p. 89 e seg.

<sup>284</sup> COASE, Ronald. *The Problem of Social Costs*, *op. cit.*

essere giudicata secondo i criteri di Pareto, poichè emersi dall'economia del benessere neoclassica, ossia, da una teoria strettamente sviluppata e vincolata al meccanismo del mercato che, a sua volta, utilizza una validità assiomatica diversa tra le espressioni delle preferenze esterne da quelle interne del mercato.

Tuttavia, questo non impone che la teoria formulata da Pareto non sia valida, strettamente, alla scienza economica e nulla vieta, allo stesso modo – e soprattutto – che la teoria di Pareto venga osservata secondo un altro criterio normativo, nella misura in cui, contrariamente a quello che pensò Posner<sup>285</sup>, nonostante l'efficienza di Pareto sia stata vincolata in modo ombelicale all'utilitarismo ordinalista, pensato su modelli dell'economia soggettivista, questo vincolo è passibile di rottura, e un altro criterio normativo può essere elaborato/riconosciuto/applicato, alla classifica paretiana degli stati sociali. È imprescindibile, però, riferire che la discussione sul carattere morale dell'utilitarismo sorga solo da una percezione esterna alla scienza economica e non assume un rapporto intrinseco con l'ordinamento delle preferenze individuali non comparabili tra loro, come furono proposte dall'economia soggettivista.

In altre parole, se la proposta di efficacia di Pareto bloccò il confronto del benessere individuale e, per questo forse, ebbe questa interpretazione utilitarista che, ancora una volta si afferma, le è propria – ma non estremamente necessaria – mentre l'ordinalismo soggettivista nell'economia, anch'esso in virtù di questa stessa interpretazione, fu efficace nel bloccare qualsiasi possibilità di verifica del benessere totale della società e, così, si dimostrò innocuo per il sistema giuridico-politico, alla diffusione delle politiche sociali redistributive delineate dallo *Stato di Diritto Contemporaneo*<sup>286</sup>.

Tuttavia applicabile, come esempio, all'interesse personale determinato dal liberismo economico, bastando, per questo, assumere come premessa che il mercato è un *locus* efficiente e che gli scambi razionali in esso effettuati, sulle basi del teorema

---

<sup>285</sup> POSNER, Richard. A. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. op. cit.*, p. 105 e seg.

<sup>286</sup> Il *Contemporaneo* qui utilizzato con la "c" maiuscola, si riferisce al contenuto sociale assunto dallo Stato durante il XX secolo, soprattutto a partire dalla sua seconda metà. Vedere, pertanto: BOLZAN de MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 34.

di Coase - come risultato dell'interesse degli individui ben informati e con costo zero di transazione -, sono unanimemente consentite e risultanti dall'espressione della libertà individuale, prova, di conseguenza, di una moralità autonoma.

Effettivamente, trattando con maggior attenzione di quest'ultimo argomento, è possibile affermare, con argomenti, che né il mercato è efficiente, visto che non tutte le transazioni hanno un costo zero e, ripetutamente, né gli individui che agiscono in esso sono sempre ben informati, visto che non tutti i risultati sono efficienti.

Supporre pertanto, che le azioni individuali nel mercato non sono necessariamente efficienti - secondo i modelli di Pareto -, si ripercuote, oltre a ciò, indirettamente, nel consolidamento dell'argomento che rende impossibile l'assunzione dell'efficienza come condizionatore del ruolo della sfera pubblica<sup>287</sup>.

Questo perché la ricerca dell'efficienza può non caratterizzare il libero mercato e, in questo modo, causare aporia: o si assume che il libero mercato non è efficiente e si privilegia la comprensione liberista che propone il non intervento della sfera pubblica sul mercato, o si favorisce l'efficienza, a discapito dell'interpretazione liberista, e si assume la necessità d'intervento della sfera pubblica.

Ammettendo quanto sopra, da un lato, non ha senso l'argomento che riconosce l'efficienza come esponente della libertà individuale - perlomeno quella dell'interpretazione liberista - e dimostrazione di una moralità autonoma; dall'altro, paradossalmente, l'efficienza può ritornare a essere un argomento vincolato all'utilitarismo alla ricerca della diffusione del benessere generale, ma per essere considerato seriamente questo vincolo, proprio quello che l'efficienza di Pareto aveva lo scopo di contenere, riappare, ossia, gli *standards* di comparazione individuali, senza i quali nulla giustifica l'intervento statale per la diffusione del benessere, poichè alla fine di quest'ultima c'è il recupero della massimizzazione dell'utilità totale, a meno che, in ultima analisi, l'efficienza sia la sua stessa giustificazione - la

---

<sup>287</sup> Come per esempio, nel caso brasiliano, l'emendamento costituzionale n° 19 che stabilisce l'efficienza come principio dell'amministrazione pubblica. Questa tesi ammette questa possibilità soltanto in quello che riguarda alle *funzioni di governo* dell'amministrazione, deve esistere una discrezionalità funzionale del ente pubblico. Vedere l'emendamento in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm).

giustificazione dell'intervento della sfera pubblica sul mercato<sup>288</sup> - dato che nell'economia, perlomeno rispetto a ciò che pensa il secondo movimento dell'analisi economica del diritto, l'efficienza è preferibile all'inefficienza<sup>289</sup>.

In qualsiasi caso, l'efficienza economica deve trovare nel sistema giuridico, non il meccanismo adatto a promuovere/proteggere, allo scopo, con ciò, di gestire lo stesso sistema giuridico, ma il suo limite e vincolo, mentre questo è lo strumento destinato soprattutto alla garanzia dei diritti fondamentali che, per quanto riguarda i principi costituzionali, sottopone sia l'esercizio del potere economico - efficiente o non efficiente -, sia l'esercizio del potere politico eletto democraticamente.

Così la distribuzione delle risorse avviene secondo quanto stipulato dal sistema giuridico a garanzia dei diritti fondamentali, cioè, né il diritto ha come fine la ricerca dell'efficienza economica, neppure a essa è sottoposto/vincolato per il raggiungimento dei propri fini.

Nonostante tutto ciò, l'analisi economica diretta verso il diritto, incapace di risolvere il problema del carattere scientifico del confronto interpersonale, secondo i modelli del positivismo logico da essa inteso e applicato, ossia, nei criteri di verifica empirica di ogni asserzione delineata, si chiuse su sé stessa e offrì la risposta in una sintesi, per così dire, molto contraddittoria, dato che senza allontanarsi dal *discorso soggettivista di Robbins*, ma riconoscendo la necessità del sistema giuridico di lavorare con misure obiettive rispetto al benessere, soprattutto in situazioni messe al di fuori delle pratiche di negoziazione del mercato, l'analisi economica del diritto si basò o, giammai cessò di basarsi, a dispetto della sua *normatività intrinseca*, su una teoria soggettiva e incomparabile di scelta, e obiettiva rispetto alla sua unità di misura: *la teoria microeconomica del prezzo*<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> L'intervento della sfera pubblica *sul* mercato - a differenza dell'intervento *nel* mercato - tende a consolidare la politica neoliberale, cioè, mira che *le regole del gioco economico siano assicurate e il "libero mercato" possa attuare*. Vedere, in questo senso, SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2001, p. 6. Vedere anche: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na constituição de 1988*. *op. cit.*, p., 146-9.

<sup>289</sup> COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law.*, *op. cit.*, p. 127 sostiene che questo pensiero proveniente dal secondo movimento dell'analisi economica del diritto finisce per caratterizzarsi come un errore fondamentale, nella misura in cui *in economic theory, not every efficient distribution is preferable to every nonefficient one*.

<sup>290</sup> La convinzione nella teoria del prezzo come meccanismo fondamentale alla stabilità sociale venne,

Detto con altre parole, paradossalmente, per la mancata accettazione scientifico-teorica proveniente dalla *mainstream economics* rispetto al confronto interpersonale del benessere, ma dal riconoscimento di questa stessa necessità, trattandosi, più che di un'applicazione al diritto, dell'intuito di addentrarsi nei meandri soggiacenti il pensiero giuridico e permettere: da un lato, profonde reinterpretazioni e riletture<sup>291</sup>; dall'altro, attraverso queste riletture e reinterpretazioni, l'adeguamento e il sottoporre di quelle basi ai criteri sviluppati dalla scienza economica, fu ciò che *Posner* – il nome più nitido e importante del secondo movimento dell'analisi economica del diritto, ma anche, il nome più commentato trattandosi della posizione teorica del movimento stesso – cercò di salvare l'efficacia delle critiche indirizzate all'utilitarismo come base filosofica normativa, specialmente per quanto riguarda il suo aspetto di incomparabilità del benessere individuale, sostituendole con la massimizzazione della ricchezza<sup>292</sup>.

---

soprattutto attraverso i monetaristi, in particolare *Milton Friedman*, il cui pensiero potenziò la svolta già esistente nella *University of Chicago*. Tale prospettiva conservatrice fu sviluppata con l'ottica di *Frank Knight* e portata avanti da *Aaron Director*, creatore, nel 1958, del *Journal of Law and Economics* e Responsabile per l'inizio dell'implementazione dei principi economici neoliberali nelle discipline giuridiche della stessa università. Vedere, per una miglior comprensione storica, DUXBURY, Neil. *Patterns...*, *op. cit.*, p. 330 e seg. Também, MACKAAY, Ejan. *History...*, *op. cit.*, p. 75 e seg. Quanto al pensiero di *Friedman* vedere: FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1982, p. 15 e seg. L'applicazione della teoria del prezzo nelle discipline giuridiche non direttamente destinate al mercato ha come punto d'inizio il lavoro di *Gary Becker*. Fu lui che diede la grande svolta al secondo movimento *law and economics*, estendendo l'analisi economica, per esempio, al crimine, alla discriminazione razziale, al matrimonio e al divorzio, *that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends* ver: BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 8. A proposito dell'importanza di Becker per l'analisi economica del diritto vedere: POSNER, Richard A. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. In: *Journal of Legal Studies*. N° 22, 1993, p. 211-215.

<sup>291</sup> *Minda* chiarisce che l'economia, di fronte alla crisi delle scuole giuridiche – nel contesto americano: *Legal Process and Right Bases* –, fu la disciplina che riuscì, però a un prezzo altissimo, a dare delle risposte ai problemi legali. Vedere: MINDA, Gary. *Teorie...*, *op. cit.*, p. 141 e seg.

<sup>292</sup> La sostituzione del principio dell'utilità con il principio della massimizzazione della ricchezza comincia a essere elaborata da Posner nell'edizione del 1972 del suo libro teorico iniziale *Economics Analysis of Law*: POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. *op. cit.*, Formano inoltre il cambiamento i testi: POSNER, Richard. A. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. *op. cit.*, p. 103-40. Viene anche delineato in: Idem. *The Economics of Justice*. *op. cit.*, p. 13 e segs, 60 e seg. Idem. *The Problems of Jurisprudence*. *op. cit.*, p. 391e seg. Il principio della massimizzazione della ricchezza è ricondotto da Posner e attinge una connotazione non più *etica*, ma *pragmatica* in: Idem. *Frontiers of Legal Theory*. *op. cit.*, p. 102 e seg. Idem. *Law, Pragmatism and Democracy*. *op. cit.* Quanto ai criteri del pragmatismo promosso da Posner vedere le critiche di: DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 75-8 e 105-11. Un riassunto generale sugli argomenti e sulle critiche a Posner si trovano in: REYERSON, James. *The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner*. Disponibile su: <http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>. Anche in: COLE, David. *The Poverty of*

In realtà quello che Posner propose fu non solo la sostituzione del – impossibile – paragone interpersonale del benessere con il – possibile – paragone della ricchezza, ma la sostituzione dell'efficienza, su basi paretiane, dalla massimizzazione della ricchezza, la cui base per l'efficienza si trasformò nel *principio di compensazione potenziale*: la nota *efficienza di Kaldor-Hicks*<sup>293</sup>.

Verso la fine del 1930, *Nicholas Kaldor* e *John R. Hicks* rinvigorirono la proposta di *Pareto* per la manutenzione – ricercatezza – della sua scientificità e applicazione, considerando le innumerevoli critiche ricevute, soprattutto rispetto alla possibilità di un confronto interpersonale dell'utilità.

Tuttavia, contrariamente alla teoria strutturata da *Pareto*, nella quale si verificò la necessità di riconoscere il paragone interpersonale delle preferenze alla possibilità di identificare qualsiasi grado di aumento nell'utilità totale di una determinata circostanza, il criterio di *Kaldor-Hicks*<sup>294</sup>, nella misura in cui si definì che i *vincitori* di una situazione indicata, avrebbero dovuto guadagnare più di quello che i *perdenti* avrebbero perso, al punto di poter compensarli delle loro perdite e, anche così, continuare in uno stato migliore di quello in cui si trovavano prima<sup>295</sup>, presuppose, da súbito, un paragone interpersonale delle preferenze, ma anche questo paragone interpersonale di preferenze, sulla base proposta dal criterio di *Kaldor-Hicks* di efficienza, non ebbe condizioni scientifiche di indicare la crescita dell'utilità totale di un determinato contesto, vista il suo assoggettamento al *paradosso di Scitovsky*<sup>296</sup>, cioè, al fatto che due stati contestuali diversi fossero riconosciuti come *Kaldor-Hicks* efficienti uno all'altro<sup>297</sup>.

---

Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11. In: *Stanford Law Review*. N° 59. 2007, p. 1735-52.

<sup>293</sup> Idem. *The Economics of Justice*. *op. cit.*, p. 49 e seg.

<sup>294</sup> KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics... *op. cit.*, p. 551. HICKS, John. The Foundations... *op. cit.*, p. 706.

<sup>295</sup> O anche in una versione debole dell'efficienza di *Kaldor-Hicks*, i vincitori, dopo la ricompensa, si trovano perlomeno nella situazione originaria di distribuzione delle risorse. Vedere: CHIASSONI, Pierluigi. *Law and economics*., *op. cit.*, p. 242.

<sup>296</sup> SCITOVSKY, Tibor. A Note on Welfare Propositions in Economics. In: *Review of Economics Studies*. N° 9. 1941, p. 77-88.

<sup>297</sup> Ver o exemplo do paradoxo de Scitovsky em: COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law*., *op. cit.*, p. 127.

In questo modo, ricorrere al paragone interpersonale di benessere nei criteri di Pareto significava ricorrere a *Standards*, unica forma per permettere una valutazione dell'utilità totale di un determinato contesto, ma, di conseguenza e soprattutto, significava aprire un precedente alla giustificazione delle politiche pubbliche (ri)distributive, contrariando così la concezione ideologica stessa della teoria di Pareto, ossia, proprio quello che l'efficienza di Pareto cercò di evitare e, siccome il paragone personale dell'utilità/benessere promosso dall'efficienza di Kaldor-Hicks presentava inconsistenza nei criteri delle preferenze assunte, a causa del già citato paradosso di Scitovsky, era necessario rendere obiettive non le caratteristiche che enunciavano il concetto di efficienza, sia quella di Pareto che quella di Kaldor-Hicks, ma la base normativa al paragone dei criteri delle preferenze: sorge, da questo rapporto, il sistema della massimizzazione della ricchezza come criterio *standard* obiettivo per formare la base normativa dell'efficienza.

Fu in questo modo che il secondo movimento dell'analisi economica del diritto, capitanato da Posner, riuscì a difendere la sua ideologia politica, mantenendosi fedele al liberismo economico, senza dover spiegare l'incomparabilità delle scelte individuali<sup>298</sup>, nella misura in cui la ricchezza, come valore sociale genuino<sup>299</sup>, può essere paragonata in modo interindividuale, cioè, come caratterizzazione di uno stato di cose che permise la sua classificazione secondo i criteri di Pareto o di Kaldor-Hicks.

Tuttavia, anche se teoricamente risolto - nella prospettiva dell'analisi economica - il problema del paragone delle preferenze<sup>300</sup>, attraverso la messa a punto della massimizzazione della ricchezza come criterio normativo dell'efficienza,

---

<sup>298</sup> ANDERSON, Elizabeth. *Value in Ethics and Economics*. USA: Harvard University Press, 1993, p. 44 e seg., chiarisce, e si comprende ancor più, la concezione di Posner, che qualsiasi politica di massimizzazione di un determinato valore ne richiede la sua misurazione.

<sup>299</sup> Questo è un argomento di Posner per giustificare la ricerca della massimizzazione della ricchezza del potere pubblico. Nello stesso modo in cui sfugge alla critica interna dell'analisi economica del diritto, slegando la ricchezza in termini strettamente monetari, nella misura in cui solo scambi interessando prezzi sarebbero capaci di massimizzare la ricchezza. In qualsiasi caso, il prezzo è vincolato alla richiesta e la richiesta, in parte, è il risultato dell'esercizio dei diritti fondamentali che, a loro volta, non vengono creati dalla massimizzazione della ricchezza. Vedere la critica in: COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law*, *op. cit.*, p. 108 e seg. La difesa della massimizzazione della ricchezza è in: POSNER, Richard. *Frontiers...*, *op. cit.*, p. 98-100.

<sup>300</sup> Le preferenze, in qualsiasi caso, contano solo se viste come affari nel mercato.

assumerla come funzione basilare del diritto, sarebbe - oltre all'impossibilità di trovare qualsiasi legittimazione/giustificazione interna alla sua applicazione - determinare molto di più che l'unione della scienza economica alla scienza giuridica, cioè, sarebbe terminare con l'autonomia del diritto, determinando l'assoggettamento di una all'altro.

E non importa, come volle evidenziare Posner nel suo giro pragmatico<sup>301</sup>, che il sistema di massimizzazione della ricchezza sia passato da una giustificazione etica - come un concetto etico - per un'altra pragmatica, imperniata nella miglior decisione rispetto alle necessità presenti e future della società; la massimizzazione della ricchezza si dimostra incompleta e antiggiuridica, poichè paradossalmente, nella misura in cui mirasse a riconoscere i diritti fondamentali a tutti gli uomini, come richiede il modello dello Stato Costituzionale del secondo dopoguerra, si allontanerebbe dal suo scopo e pregiudicherebbe il pieno funzionamento del suo stesso sistema, destinato all'efficienza economica.

Questo perché il diritto possiede un mero valore strumentale all'analisi economica e questa, alla ricerca della massimizzazione della ricchezza - utilizzata come caratteristica desiderabile di uno stato delle cose e assunta come fine della società per il suo livellamento dall'uso dell'efficienza - tende solamente a rispettare i diritti, cioè, implementa meccanismi per la sua realizzazione/garanzia, nella misura in cui questa realizzazione/garanzia sia necessaria/richiesta dall'efficienza economica per la massimizzazione della ricchezza. E, oltre a ciò, nemmeno l'analisi economica mira a creare/espandere dei diritti, per il semplice fatto che per le proposte teoriche dell'analisi economica del diritto, l'immagine dello stesso diritto non esiste al di fuori della ricerca della massimizzazione della ricchezza, il che causa:

a) l'errore nel prendere in considerazione qualsiasi altra preferenza personale che

---

<sup>301</sup> La concezione di Posner diretta a un'idea pragmatica ebbe come spinta quella di evitare una critica esistente per cui il secondo movimento dell'analisi economica del diritto diventerebbe un nuovo langdellismo. Vedere: MINDA, Gary. The lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. In: *Ohio State Law Journal*. N° 39, 1978, p. 439. Vedere, anche la critica in ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos...*, op. cit., p.166 e seg. Quanto al sorgere del pragmatismo di Posner, vedere nota 292 sopra.

non sia la ricchezza; b) l'errore nel trattare tutte le persone come uguali, nella misura in cui lascia da parte una base iniziale di distribuzione di diritti<sup>302</sup>.

Se, come abbiamo visto, l'efficienza non è vincolata endogenamente all'utilitarismo e non è nemmeno un sinonimo morale della libertà, non può neppure essere inquadrata, ancor meno se compresa secondo il principio normativo della massimizzazione della ricchezza, in una concezione consensuale del contrattualismo, sia in senso astratto, sia in quello concreto – che è vincolato alla libertà –, cioè, dal punto di vista astratto del consenso contrattualista, la ricerca dell'efficienza non può essere una forza ontologica assicurata, soprattutto quando non è garantita dall'idea stessa di autonomia/libertà individuale, nella sua più ampia comprensione<sup>303</sup>; sotto l'aspetto concreto, proprio perché assicurata all'autonomia/libertà individuale, è antitetica alla comprensione dell'efficienza come ragione morale astratta del diritto.

In altre parole, il consenso dato concretamente a una determinata situazione, che causi un'allocatione di risorse ottima di Pareto, o che accetti una compensazione, producendo un risultato Kaldor-Hicks efficiente, non è sinonimo di un'accettazione astratta dell'efficienza come criterio normativo dell'azione della sfera pubblica/privata, sia secondo l'aspetto politico nel caso della prima, sia secondo un risultato giurisdizionale, rispetto alla seconda<sup>304</sup>.

Tale prospettiva provoca l'idea che una politica pubblica efficiente o una transizione negoziale privata efficiente, non sono di per sé valide o in conformità con il sistema giuridico. Esse lo saranno solo – valide o in conformità con il sistema giuridico – se sostanzialmente riconosciute come tali dallo stesso sistema, indipendentemente dalla concezione di efficienza economica: qualsiasi adeguamento istituzionale dipende da una teoria del diritto e se questa teoria del diritto è basata sul riconoscimento e sulla garanzia dei diritti fondamentali, come sono gli Stati di Diritto contemporanei, né il sistema giurisdizionale ha il dovere di ricercare

---

<sup>302</sup> Come coloca COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law*, *op. cit.*, p. 108 e seg.

<sup>303</sup> Quanto all'idea di libertà che si disegna in questa tesi, vedere parte III.

<sup>304</sup> Secondo KORNHAUSER, Lewis. *The Economic Analysis of Law*, 2006. Disponibile su: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>, una delle grandi discussioni rispetto all'analisi economica del diritto contemporaneo ha a che fare con il concetto di diritto da questa sviluppato e, soprattutto, per il carattere ontologico normativo che il diritto assume.

l'efficienza nella soluzione di casi concreti, nemmeno le politiche sociali determinate dalle altre funzioni del potere pubblico devono essere efficienti a livello economico.

Se, nella migliore delle ipotesi, per determinare quale parte ha ragione in una lite di responsabilità è necessario, anche, un argomento economico alla delimitazione della compensazione dei danni causati, tale necessità non implica, in nessun modo, nella ricerca dell'efficienza economica come criterio normativo del diritto<sup>305</sup>, visto che per una messa a punto di questo livello, come sostiene Coleman<sup>306</sup>, è imprescindibile il riadeguamento della concezione della *competenza istituzionale*, come pure della stessa idea della *decisione giudiziale*.

Però, nella misura in cui questa implementazione prosegue, ossia, nella misura in cui si ridireziona – in virtù dell'efficienza economica – la competenza delle istituzioni, ma anche della stessa sua determinazione alle decisioni giudiziali, ciò che entra in gioco è, soprattutto, l'idea di democrazia e di diritti fondamentali che sono alla base, sviluppati ambedue, dello Stato Costituzionale del secondo dopoguerra.

In questi termini, l'efficienza non è sufficiente e nemmeno necessaria alla validità interna del diritto – a meno che vada contro le sue stessi basi dello Stato Costituzionale del Diritto – il che non presuppone che cessi di essere, anche, una filosofia politica, esterna al sistema giuridico, il cui argomento è ancora alla ricerca di un'intrinseca giustificazione politico teorica che sia capace di non rompere con i fondamenti dello Stato Costituzionale: della garanzia dei diritti fondamentali e dell'idea giuridica di democrazia.

---

<sup>305</sup> È importante mettere in evidenza, in questa prospettiva, i lavori di Guido Calabresi, uno dei precursori del secondo movimento *law and economics*, le cui basi, si allontanano, in qualche modo, dal núcleo duro neoclassico promosso dalla scuola di Chicago. In questa prospettiva c'è il rapporto proposto da Calabresi tra giustizia ed efficienza, il che, a sua volta, soffrì critiche incisive soprattutto da parte di Ronald Dworkin. Vedere: CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*. USA: Yale University Press, 1970. Sulla polemica con Dworkin vedere: DWORKIN, Ronald. Why Efficiency? In: *Hofstra Law Review*. N°8, 1980, p. 563-64. E a risposta de Calabresi em: CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. In: *Hofstra Law Review*. N° 8, 1980, p. 553-54.

<sup>306</sup> COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law.*, op. cit., p. 130 e seg.

### **Capitolo 3 - Conclusioni rispetto alla seconda parte: esiste l'(in)compatibilità tra l'analisi economica del diritto e la democrazia sostanziale?**

Perché sia possibile rispondere a tale quesito è necessario chiarire che, nel proseguo di questo lavoro, è indispensabile discutere l'idea basilare della democrazia sostanziale, ma per permettere di fornire questa risposta specifica, è stato anche importante chiarire, come fatto all'inizio di questa parte, che non sempre il rapporto diritto/economia ebbe una tendenza conservatrice e, più ancora di questo, mantenendo le proporzioni storico contestuali, si può affermare che tale rapporto non precipitò in una interpretazione antiggiuridica del diritto.

In realtà, le concezioni del ruolo dello Stato - di Diritto - articolate dalla Scuola Storica ebbero un forte carattere riformatore, poiché lo Stato, al contrario di quanto difeso scientificamente dal sistema ortodosso economico - che con *Smith, Ricardo e Say* usò, rispettivamente, le correnti di *Kant e Rousseau* del diritto naturale e del contratto sociale, per sciogliere l'antico sistema economico mercantilista, vincolato a un complicato apparato di restrizioni/protezioni e, in questo modo, incompatibile con l'idea del libero commercio - non poteva più essere concepito come un mero manutentore dell'ordine per assicurare la libertà individuale, ma un organo con diversi scopi sociali che, progressivamente, avrebbe dovuto estendere alle classi sociali più deboli della società i benefici ottenuti con il progresso della civilizzazione.

In questo modo, le ricerche sviluppate dalla *Scuola Storica* non si mostravano solo come una possibilità di riforma delle basi che, fino a quel momento, si riconoscevano nell'interpretazione classica della *scienza giuridica e dell'economia politica*, ma furono di fondamentale importanza per diffondere lo sviluppo di una peculiare teoria del diritto che servì, soprattutto, a stimolare ripetutamente le considerazioni fatte nell'ambito *dell'economia politica*, per quanto riguarda la stessa analisi istituzionale del diritto.

Nonostante ciò, il movimento provocato dalla Scuola Storica Tedesca, che si posizionò fortemente contro la concezione economica diffusa dai classici, ebbe, in qualche modo, anche se in una prospettiva totalmente diversa, il seguito delle

nuove definizioni avanzate nella microeconomia, il cui risultato fu la diffusione della cosiddetta Rivoluzione Marginalista, in particolare quella inglese, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX.

In quest'ottica si possono delineare caratteristiche che provocano l'espansione di una *New Science of Law*, nella misura in cui, per esempio, furono riconosciuti che i fenomeni di scarsità - discusso dai marginalisti - come l'istituto della proprietà, rimodellato dagli storicisti, erano ambedue vincolati al comportamento umano, pertanto dovevano essere trattati come argomenti culturali, che ipotizzavano, per questo, una differente percezione economico/giuridica, ma, soprattutto, istituzionale.

Così la *New Science of Law* rompe con le basi filosofico politiche che fino a quel momento fornivano una protezione, in particolare, alla concezione naturale del diritto della proprietà, assumendo, in questi termini, una postura scientifica di *giustificazione* economica del diritto, a discapito di una *fondatezza* giusnaturalista del diritto. Si noti, con ciò, il paradosso della rottura delle basi dell'ordine sociale in vigore perché, appunto, questo stesso ordine potesse rimanere in stabile vigore. Tale rottura, che può essere resa valida in nome della *manutenzione dell'ordine liberale*, finì per animare il vincolo, molte volte indistinto, delle discipline *diritto* ed *economia*.

Questo è il punto in cui l'argomento viene delimitato, ossia, si è intesa come innegabile l'importanza di seguire questo percorso preliminare perché fosse possibile evidenziare quello che disegnò l'idea centrale del contemporaneo movimento definito come *analisi economica del diritto* - destinato all'applicazione dell'efficienza economica -.

In qualsiasi caso, analiticamente, si possono indicare alcuni punti - i principali - che si sono messi in evidenza in questo itinerario: a) il riconoscimento che il rapporto tra diritto ed economia non fu creato, in modo innovativo, nelle accademie dell'*Università di Chicago*, neppure, nel dettaglio, ebbe il suo nucleo fondamentale nell'ordinalismo soggettivista, nella misura in cui l'economia politica, sin dalla *Scuola Storica Tedesca* - esemplificata nella disciplina della

*Staatswissenschaft* –, a causa della rottura paradigmatica con le basi giusnaturaliste dei classici, agì come giustificazione del ruolo che il diritto assunse, poco a poco, nei confronti della società; b) la ripercussione degli studi tedeschi, da un lato, ma anche le nuove scoperte fatte dai marginalisti – inglesi –m, dall’altro, posteriormente rinvigoriti e sorti negli Stati Uniti con la *Progressive Era*, evidenziarono il ruolo dell’economia nell’ambito giuridico e politico, il cui intuito era quello di formare una *misura obiettiva del benessere sociale* che permettesse di dar vita e di giustificare la creazione di una politica statale della *ridistribuzione della ricchezza*: si forma, in questo modo, il primo movimento *law and economics*; c) solo in virtù di un modo peculiare di pensare l’economia, cioè, nei modelli dell’efficienza economica – innanzi tutto in Pareto e, poi, in Kaldor-Hicks – argomentata in favore di una sterilità politica e fondata sulle basi di una rivoluzione positivista, non per questo distorta, che si sviluppò il *secondo* movimento *law and Economics*.

Sotto quest’aspetto, l’analisi economica del diritto contemporaneo privilegiò l’ordinalismo soggettivista neoclassico imperniato nella scarsità come fondamento della vita degli uomini, nella misura in cui, se determinati fini vengono raggiunti con un dispendio – economico – eccessivo dei mezzi per raggiungerli, tale prosieguo non è, oltre che economicamente rilevante, valido giuridicamente per il semplice motivo che le decisioni giuridiche – qualsiasi esse siano – devono essere efficienti.

Pertanto, Posner sostituì l’utilitarismo con la massimizzazione della ricchezza come criterio normativo dell’efficienza perché: a) l’utilitarismo agisce sul piano dei fini e va contro l’economia marginalista soggettivista che si interessa solo nei mezzi – scarsità –; b) il valore, secondo egli, è più facile da misurare rispetto all’utilità; c) l’utilitarismo di tipo morale che egli desidera abolire. Tuttavia la domanda da porsi è: il problema non è sapere il motivo secondo il quale Posner lasciò da parte l’utilitarismo, ma come arrivò a basare la propria costruzione teorica sull’utilitarismo?

L'idea messa in pratica dal neoclassicismo ordinalista - sorretto dall'individualismo metodologico - cercava un sistema logico di regole immutabili. Questo sistema logico era costruito sull'economia attraverso *la teoria del prezzo* - condotta dalle preferenze soggettive individualiste e formata su una base soggettiva di misurazione - però, con un costo altissimo: l'incapacità della comprensione reale della vita individuale, ma anche di qualsiasi analisi critica rispetto agli abituali problemi sociali.

Diritti individuali, contratto e proprietà si erano, di per sé, conservati inalterati quanto proposto dai classici, però, diversamente, dovevano soddisfare - e soddisfavano - i nuovi requisiti essenziali degli ordinalisti soggettivisti, cioè, di standardizzazione, equilibrio ed efficienza<sup>307</sup>.

In questo senso le persone potevano solamente essere trattate come uguali, nella misura in cui venisse privilegiata la struttura gerarchica richiesta dall'organizzazione finanziaria e industriale, cioè, le condizioni determinate dalla tecnologia e dall'economia di scala si dirigevano alla manutenzione dell'idea dei diritti naturali e, in particolare, alla libertà di contratto, ambedue *al di fuori* dell'ambito della regolamentazione statale<sup>308</sup>.

Ciò che accade, in qualsiasi caso, è che, in primo luogo, risulta impossibile immaginare l'efficienza sulla base della massimizzazione della ricchezza - intesa dalla manifesta volontà delle persone di pagare per qualcosa - come sostituta o, nella migliore delle ipotesi, come stima, valutazione del benessere nei termini di politiche pubbliche, a meno che, come sostenne *Hovenkamp*<sup>309</sup>, un'unità monetaria rappresenti la stessa *quantità cardinale* del benessere per tutte le persone; in secondo luogo, se questa prima ipotesi viene riconosciuta, l'analisi economica si determina e si avvicina al metodo usato dalla *psicologia comportamentale* che, partendo dalla stessa *rivoluzione*

---

<sup>307</sup> Quanto alle questioni comuni della *mainstream economics*, che successivamente furono applicate al diritto e fondarono il secondo movimento *law and economics* vedere: MACKAAY, Ejan. Schools: General. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia...*, *op. cit.*, p. 402 e seg.

<sup>308</sup> Si può elencare, come esempio di questo pensiero, la personificazione costituzionale delle corporazioni; la separazione tra controllo e proprietà, nella misura in cui permise la nozione di diritto di proprietà a quelle persone che non avevano l'immediato controllo fisico della corporazione. Vedere: HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law...*, *op. cit.*, p. 42 e seg.

<sup>309</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economics Movement...*, *op. cit.*, p. 1045.

*positivista*, attinse criteri di *scientificità* nel confronto obiettivo di grandi gruppi, come presentato sopra.

Così, in virtù delle proposte di questo secondo movimento *law and economics* - che, come fu evidenziato non si trova in un *lòcus* scientifico avvalorante, neppure percorse fedelmente le proprie scelte metodologiche - è che si traccia la domanda rispetto a un dibattito preliminare dal quale non si può fuggire, cioè, dalle garanzie democratiche, di una concezione di democrazia tipica dello Stato Costituzionale, che tale proposta ha il dovere di rispettare, perché si possa portare a un livello che, sin dalla sua fondazione, giudica occupare, delle quali si tratterà nella prossima parte.

## PARTE III - LA DEMOCRAZIA SOSTANZIALE E IL (NEL) PARADIGMA GARANTISTA

### Capitolo 1 - Premessa: dal paradigma filosofico-politico utilitarista al paradigma democratico-costituzionale garantista

Il termine *garantismo* rappresenta oggi, come *l'altra faccia del costituzionalismo*<sup>310</sup> contemporaneo, il fondamento della democrazia costituzionale, pertanto, indica quel modello normativo giuridico che ha come scopo l'effettività dei diritti fondamentali la cui estensione varia: *dalla vita alla libertà personale, dalla libertà civile e politica alle aspettative sociali di sussistenza, dai diritti individuali a quelli collettivi*<sup>311</sup>.

Nonostante ci sia un ricco panorama di precedenti analisi teoriche che indicano un punto di partenza, il *garantismo* è, precisamente, una teoria genuina del diritto, vincolata pionieristicamente all'opera *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>312</sup>. Luigi Ferrajoli, autore del sopracitato volume, nonostante la propria formazione classica, giuspositivista e utilitarista, raccoglie la sfida di avvicinare e rafforzare il nesso che caratterizza lo Stato di Diritto: *tra garanzie giuridiche e legittimazione politica, da un lato; tra forme legali e democrazia sostanziale, dall'altro*<sup>313</sup>.

Ferrajoli, infatti, porta a termine questa sfida garantista con la pubblicazione dell'opera *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*<sup>314</sup>, una teoria giuridica che ha le proprie radici nel modello del costituzionalismo contemporaneo, visto che riconosce *nei diritti fondamentali e nelle sue rispettive garanzie le condizioni necessarie, nonostante non solamente sufficienti alla realizzazione del paradigma democratico*<sup>315</sup>.

---

<sup>310</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* 1. *Teoria del diritto.*, op. cit., p.35.

<sup>311</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. XXIII.

<sup>312</sup> Idem., *Ibidem.*

<sup>313</sup> Idem., *Ibidem.*, p. XXIII.

<sup>314</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit.

<sup>315</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* 1. *Teoria del diritto.*, op. cit., p.32.

Pertanto la novità presentata dal giurista italiano è l'esatta costruzione di una *teoria assiomaticizzata del diritto*<sup>316</sup>, rappresentata dentro di un concetto integrato di scienza giuridica a carattere normativo, *come un sistema di concetti e di regole teoriche che possono essere interpretate pragmaticamente*, i cui principi chiave – *iure et in iure*, che interno al diritto, incorpora nell'universo del sistema giuridico principi assiologici; *iuris tantum*, al di fuori del diritto positivo, ma all'interno della teoria, e in questo modo, vincolato a presupposti logici di *unità, completezza e coerenza*, sostiene la struttura normativa dell'ordinamento giuridico, applicato alla tutela dei primi – *m*contribuiscono all'unità dello stesso sistema, offrendo una chiave di lettura delle inesorabili *antinomie* e *lacune*<sup>317</sup> che esistono nel diritto in vigore rispetto al rispettivo modello costituzionale.

In altre parole, la teoria del diritto è la necessaria premessa alla teoria della democrazia. Vuole dire che nel garantismo edificato da Ferrajoli, democrazia è, prima di tutto, *un sistema di regole e garanzie imposte ai diversi tipi di potere*, per questo si trova, da un lato, empiricamente ancorata all'esperienza storica del costituzionalismo democratico, dall'altro, ai limiti e ai vincoli di diritto positivo da essi imposti<sup>318</sup>.

Così, introducendosi storicamente, è necessario dire che tutta la costruzione del garantismo giuridico, dal punto di vista filosofico, è accentuato verso presupposti liberali determinati, in un primo momento, dal giusnaturalismo illuminista, la cui postura nei confronti dell'arbitrio repressivo dell'*ancien régime* ha fatto in modo che si sviluppasse una filosofia politica riformatrice, critica rispetto al diritto vigente<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Ferrajoli inizia la costruzione di una teoria assiomaticizzata del diritto negli anni '70 con l'opera: FERRAJOLI, Luigi. *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. Tuttavia, solo nel 2007 concluse completamente la proposta con una pubblicazione in tre volumi di *Principia iuris...*, *op. cit.*

<sup>317</sup> Ferrajoli vuole evidenziare che il senso dell'antinomia e della lacuna aoi quali lui si riferisce è un senso strutturale, generato per dislivelli normativi. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* 1. *Teoria del diritto*, *op. cit.*, p. 690.

<sup>318</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*. Disponibile su: <http://www.costituzionalismo.it/stampa.asp?thisfile=art20081121-1.asp>. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...* 1. *Teoria del diritto*, *op. cit.*, p. 32 e seg.

<sup>319</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. XVIII.

Nella misura in cui venivano edificate le basi della civilizzazione giuridica moderna, mediante le battaglie filosofico-politiche superate dai riformatori liberali illuministi, verso il necessario rispetto per la persona, sono stati delineati, in modo ponderato, anche all'interno della stessa epistemologia giuridica, *i limiti dell'attività dello stato e la funzione di protezione dei cittadini come fonte principale della legittimazione del potere*<sup>320</sup>.

In questo modo, il modello di *Stato di Diritto*<sup>321</sup> ha la sua iniziale scintilla, in particolare, nel dibattito metaforico tra un filosofo e un giurista creato da Thomas Hobbes<sup>322</sup>, la cui frase emblematica: *una legge è l'ordine di quelli che hanno il potere sovrano (...)* è stata la porta d'accesso del riconoscimento del *garantismo giuridico*.

In altri termini, la condizione hobbesiana che assume che *l'autorità e non la verità, è la detentrica del potere per fare le leggi*, nonostante non avesse ancora la consistenza di una *tesi descrittiva fondata*, ma solo un *principio normativo fondante* – comprendendo la legge civile non genericamente diversa dalla legge naturale –, il cui scopo era solo di renderla efficace, riducendola, se necessario, alla manutenzione della pace<sup>323</sup>, finì per elaborare una specie di *garanzia legale positiva*<sup>324</sup> in detrimento all'idea di un diritto precedente e indipendente dello Stato.

Però, fu solo attraverso la comprensione di una duplice funzione<sup>325</sup> legittimatrice del diritto e dello Stato, ossia, nella scissione tra il diritto e la morale

---

<sup>320</sup> Idem., *Ibidem.*, p. XVIII.

<sup>321</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 485 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 895 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Roma-Bari: Laterza, 1997. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5.ed. Brasília: Ednub, 1993. MATTEUCCI, Nicola. *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna: Il mulino, 1997, p. 32 e seg. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 20 e seg. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

<sup>322</sup> HOBBS, Thomas. *Dialogo entre um filosofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001, p. 36.

<sup>323</sup> HOBBS, Thomas. *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. London: Bohn, 1839-45. 11 vols. Vol. 3. Chapter: XXVI: of civil laws. Disponível em : <http://oll.libertyfund.org/title/585/89870>. BOBBIO, Norberto. *Il pensiero politico di Hobbes - 1987*. Disponível em: <http://www.4shared.com/dir/9011862/ba1eb697/sharing.html>. MARRAMAO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000, p. 12.

<sup>324</sup> FERRAJOLI, Luigi. I Diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 21. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 212.

<sup>325</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione...* op. cit., p. XX.

che nacque, veramente, il sistema garantista, nella misura in cui l'autonomizzazione del *piano interno della validità giuridica - legittimazione - rispetto ai criteri esterni di giustizia - giustificazione* - dei suoi contenuti ha dato origine, in un primo momento, alla limitazione del potere punitivo dello Stato e, in questo modo, alla creazione di *tecniche penali razionalmente idonee*<sup>326</sup>.

Riconoscere questo doppio criterio di *fondamentazione* del diritto - di validità interna e di giustizia esterna -, separati sul piano logico, ma vincolati su quello storico, significa anche riconoscere, come risultato di tutto ciò, l'avanzo della tradizione del *positivismo giuridico*<sup>327</sup>, visto che questo appare in funzione di lotte politiche che determinarono un *lento processo di secolarizzazione*, per il quale passarono le istituzioni di potere sin dal XVII secolo fino alla metà del XVIII secolo<sup>328</sup>.

Pertanto, la formula della separazione tra diritto e morale intesa come *giustificazione interna*, in senso affermativo, finì per fondare la concezione giuspositivista del diritto, stabilendo la *tesi garantista teorica* - di carattere *metalogico, scientifico e metascientifico* - che si vincolò all'autonomia del giudizio giuridico, rispetto a qualsiasi altro criterio che non fosse solo quello esclusivamente stabilito dalla legge, il cui risultato era una propensione alla garanzia e alla certezza del diritto stabilito, espressamente dichiarato come tale<sup>329</sup>.

Frequentemente, inoltre, la separazione tra diritto e morale assunse una *fondamentazione esterna*, nel senso prescritto, che mise in evidenza la rivendicazione politica del principio di legalità, instaurando la *tesi garantista assiologia* - a carattere metagiuridico e meta morale -, particolarmente diretta

---

<sup>326</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. XVI.

<sup>327</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: ícone, 1995, p. 38 e seg. NAVARRO, Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. N° 24, 2001, p. 133-163. CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. N° 25, 2002, p. 303-331. SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.

<sup>328</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p.199.

<sup>329</sup> Idem, *Ibidem.*, p. 204-5.

all'uguaglianza e alla libertà dei cittadini, dove sia il diritto, sia lo Stato avevano fini e limiti stabiliti<sup>330</sup>.

Questo significa che *legittimazione interna* - ragione di diritto - e *giustificazione esterna* - ragione del diritto - hanno rispecchiato il processo di *laicizzazione del diritto e della cultura giuridica*<sup>331</sup>, nella misura in cui hanno creato, rispettivamente, i presupposti *teorico e assiologico*, del *modello garantista di legalità*, allontanando la possibilità futura di una *autolegittimazione etico-politica* e, anche, un ritorno a una *etero legittimazione giuridica* del diritto<sup>332</sup>.

Non ci sono dubbi, ed è necessario riaffermare, in modo enfatico, che la maturazione evolutiva di questo processo viene chiaramente raggiunta dalle dottrine *giuspositiviste* con base *filosofica utilitarista* che, ancorate alle *formulazioni* e alle *concezioni* di Bentham<sup>333</sup> - in seguito sviluppatesi in modo pragmatico-analitico<sup>334</sup> con Austin<sup>335</sup> - hanno sostenuto la fondamentazione dell'insieme dei *principi garantisti*, il cui ruolo, come principi normativi diretti agli interessi del popolo<sup>336</sup>, è stato quello di stabilire il dover essere *del diritto e dello Stato*, determinando tassativamente i fini e i limiti del potere del sovrano, in particolare, e del potere pubblico, in generale<sup>337</sup>.

In questo senso, non solo le formule di neutralità etico-normativa del diritto sono ancorate alla prospettiva di Bentham ma, di conseguenza, anche il potere normativo del sovrano di identificare limiti giuridici nelle norme *costituzionali in principen*<sup>338</sup>, secondo le quali veniva stabilito che il sovrano non aveva la possibilità di emanare norme contrarie alla libertà dei cittadini<sup>339</sup>.

---

<sup>330</sup> Idem, *Ibidem.*, p. 207-9.

<sup>331</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 210.

<sup>332</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 200.

<sup>333</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles...*, op. cit., p. 323-4.

<sup>334</sup> D'AGOSTINI, Franca. *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1997, p. 246-50.

<sup>335</sup> AUSTIN, John. *The province of Jurisprudence Determined*. New York: The Noonday Press, 1954.

<sup>336</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino. Giappichelli Editore, 2009, p. 8.

<sup>337</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 246.

<sup>338</sup> BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*. London: The Athlone Press, 1970, p. 70 e seg.

<sup>339</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto.*, op. cit., p. 53 e seg.

Pertanto, assumere come presupposto di qualsiasi teoria *garantista* le dottrine *illuministe* in generale, e *l'utilitarismo*, in particolare, diventa imprescindibile nella misura in cui l'assunzione della posizione esterna, assiologica, di dover essere del diritto, aveva lo scopo di diffondere l'utilità sociale come criterio politico di giustificazione giuridica e, così, di rafforzare fortemente, l'idea centrale di *secolarizzazione della pena*, cioè, vincolandosi su posizioni liberali illuministe che determinarono la separazione tra diritto e morale, l'utilitarismo ha potuto affermare che la *pena*, dal punto di vista esterno del diritto, non era altro che – e doveva essere – il prezzo necessario a impedire il male maggiore, ponendola, così, al di fuori di qualsiasi determinazione *religiosa*, *etica* o di *sentimento di vendetta*<sup>340</sup>.

Con questa prospettiva, la comprensione giuridica dell'*utilitarismo*, basata nel liberalismo moderno, è stata di fondamentale importanza come risposta al problema di legittimazione esterna o della giustizia esistente nell'antico *paradigma sostanzialistico*<sup>341</sup>, visto che ha separato *il diritto* e *lo Stato* da qualsiasi fine intrinsecamente morale, di per se valido, che si mostrasse isolato dall'interesse concreto delle persone, ma al contrario, e in coerenza con i principi laici e liberali eretti dalle lotte politiche, tali presupposti morali e valorativi hanno potuto acquisire una *giustificazione giuridica* solo nella misura in cui avevano degli obiettivi concreti di utilità a favore della società; a garanzia dei propri *diritti* e della sua *sicurezza*<sup>342</sup>.

Il rapporto filosofia politica *utilitarista*/modello giuridico *garantista* si è costruito, così, non sulla base del principio *ex parte principis*, i cui attributi si devono, a titolo di esempio, a una versione medievale/moderna a Machiavelli<sup>343</sup> e in una variante contemporanea a *Carl Schmitt*<sup>344</sup>, nella misura in cui entrambi credevano in uno *Stato di eccezione* che subordinasse il diritto al primato della

---

<sup>340</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p.246-7.

<sup>341</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 200 e seg.

<sup>342</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 207.

<sup>343</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Disponibile su: [http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB\\_IlPrincipe/main\\_h.html](http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB_IlPrincipe/main_h.html). Em especial, cap. XVIII.

<sup>344</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 9 e seg.

politica e alla cosiddetta *ragione di Stato*<sup>345</sup>, ma obiettivamente, questo rapporto si stabilì sul principio *ex parte populi*, vincolandosi al benessere dei governati, nella misura in cui il fine del diritto era destinato all'utilità dei cittadini che, a loro volta, dovevano osservarlo<sup>346</sup>.

Esclusivamente nel secondo significato sopra richiamato è possibile riconoscere tale rapporto, cioè, tra l'utilitarismo e il garantismo, perché la comprensione dell'utilitarismo come principio normativo esterno al diritto si caratterizza in modo peculiare, soltanto dal punto di vista *ex parte populi*, dato che la forte influenza liberale illuminista ha rappresentato e reso nitida la separazione tra diritto e morale, enunciando il *dover essere* del diritto come un qualcosa di *distinto* dallo stesso diritto e per ciò vincolato a una necessaria *fondatezza* per quanto riguarda il suo scopo/utilità esterna, la cui conseguenza è stata la garanzia politica dei limiti dell'arbitrio del potere che, a sua volta, ha stabilito i limiti teorici del contemporaneo sistema garantista<sup>347</sup>.

Completamente diversa è stata la versione filosofico-politica che ha identificato l'utilitarismo come principio *ex parte principis* - la proposta di comprendere la massima utilità possibile rispetto ai mezzi necessari utilizzati dal potere pubblico per raggiungere determinati scopi -, grande responsabile del propagarsi della confusione tra diritto e morale, la cui ripercussione ha caratterizzato la *ragione di stato* a discapito della *ragione del diritto*, sciogliendo sia i limiti stabiliti ai poteri, sia la diffusione delle garanzie giuridiche dei cittadini e, soprattutto, stimolando le molteplici dottrine politiche che hanno rappresentato - e rappresentano - modelli di diritto autoritari e totalitari<sup>348</sup>, in antitesi, così, al modello di Stato di Diritto garantista<sup>349</sup>.

Pertanto, se da una parte, indubbiamente, fu *condizione necessaria* a istituire il garantismo giuridico tutto il supporto eretto dalla dottrina liberale illuminista riformatrice, secondo la quale non esiste una connessione intrinseca

---

<sup>345</sup> PECES-BARBA, German. *Curso de derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid: BOE, 1999, p. 324.

<sup>346</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 207

<sup>347</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 245 e seg.

<sup>348</sup> NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna: Mulino, 1973, p. 343 e seg.

<sup>349</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 210 e sgs.

tra il diritto – quello che è – e il diritto – quello che *deve essere* – ha provocato la separazione tra diritto e morale, imponendo al primo un’indispensabile giustificazione etico-politica esterna, di tipo utilitarista, coerente con il modello di legalità garantista, da un’altra, non è stata però *condizione sufficiente* a fondare, sotto l’aspetto teorico, l’ampiezza del modello garantista e ad impedire l’offuscamento della dottrina della separazione tra diritto e morale, la cui conseguenza è stata la negazione della *legge di Hume*<sup>350</sup>, cioè, l’espansione delle fallacie *giusnaturalistiche* o *legaliste*, notoriamente antigarantiste<sup>351</sup>.

In altre parole, si può dire che la discussione elaborata in questa seconda premessa si basa particolarmente sul seguente assunto: nello stesso tempo in cui la separazione tra diritto e morale presenta, come *dottrina teorica* – legittimazione interna –, lo sviluppo della scienza giuridica direttamente basata sul principio di legalità e, come *dottrina assiologica* – legittimazione esterna –, l’edificazione e la giustificazione del sistema politico dello Stato di Diritto, reso concreto dalle garanzie di libertà dell’uomo, sottoposta a limiti e vincoli; la confusione tra ambedue le legittimazioni, sia essa una confusione di carattere *formalista ético* – che presuppone la rinuncia di qualsiasi punto di vista esterno, assumendo il diritto e lo Stato come valori etici per se –, sia ancora una confusione di carattere *giuridico sostanzialista* – che riassume una base ontologica del diritto, confondendolo con la morale e con la natura –, conducono a una generale conversione statalista, nel primo caso, e a un legittimismo morale e politico nei confronti del diritto vigente, nel secondo<sup>352</sup>.

In questo modo, si può affermare che il problema si presenta con il *deficit* provocato dall’abbandono<sup>353</sup> della domanda del diritto rispetto ai suoi propri fondamenti o, in questo caso, dalla rottura tra il diritto e la filosofia politica riformatrice, con base utilitarista, che nella metà del XIX secolo, dopo il

---

<sup>350</sup> HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP, 2000, p. 509. LEWIS, Clive Staples. *A abolição do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29 e seg.

<sup>351</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 211.

<sup>352</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 197 e seg.

<sup>353</sup> HEIDEGGER, Martin. *L’abbandono*. Genova: Il melangolo, 2006, p.38. IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p.VII. COPETTI NETO, Alfredo; MAGALHÃES GUBERT, Roberta. *A retomada da filosofia pelo direito*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n° 5: Porto Alegre: IHJ, 2007, p. 7 e seg.

consolidamento dello stato liberale, ha portato il diritto in generale e le sue pratiche istituzionali in particolare, ad una concezione conservatrice, trasformandolo in una tecnica di controllo sociale attraverso differenti varianti autoritarie – *idealiste, etico stataliste, positiviste, tecniciste e/o pragmatiche* – che hanno rinvigorito sistemi giuridici arcaici, avvalendosi di una debolezza politica che ha permesso, dal punto di vista epistemologico, l’allontanamento giuridico dal suo piano filosofico giustificativo esterno e il consolidamento, in questo modo, di un modello meramente ideologico<sup>354</sup>.

Pertanto, mentre, da un lato, *il modello garantista di legalità* ha evocato i presupposti necessari per stimolare la maggior parte delle garanzie giuridiche della modernità; da un’altro, non è stato epistemologicamente capace di evitare l’impraticabilità giuridica del modello, permettendo un cambiamento del carattere rivoluzionario o riformatore della posizione politico-giuridica liberale verso una preoccupazione conservatrice, per quanto riguarda il nuovo ordine costituito che, di conseguenza, ha corroborato il crescente allontanamento della scienza giuridica rispetto ai suoi già antichi propositi illuministi utilitaristi<sup>355</sup>.

Ripensare tale smantellamento riconducendolo sui percorsi dei suoi iniziali principi, ristabilendo la risposta giuridica critica verso *le ragioni* del diritto – le sue *garanzie* –, è quello che propone il contemporaneo *modello garantista di rigidità costituzionale*, nella misura in cui stabilisce una revisione teorica del modello precedente, sia delle sue *basi epistemologiche*, sia dei suoi *criteri di giustificazione etico-politici*, sia delle sue *tecniche normative* che mirano a un grado adeguato di *effettività giuridica*<sup>356</sup>.

Pertanto, il termine garantismo viene elaborato nel pensiero di Luigi Ferrajoli<sup>357</sup> con un significato estremamente carico, nonostante sia specificamente

---

<sup>354</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. XVIII.

<sup>355</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. XVII. e p. 213-14.

<sup>356</sup> Idem, *Ibidem.*, p. XVII.

<sup>357</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 891. ZOLO, Danilo. Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei “diritti fondamentali”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali.*, op. cit., p. 49-75. MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. In: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 3, verano 2006, p. 3-39. Vedere uno dei pochi saggi che sono usciti in Brasil, sul Garantismo visto come Teoria Generale del Diritto: ROSA, Alexandre Morais da. *O que é*

determinato. Tale apparente paradosso si mostra passibile di soluzione, nella misura in cui si comprendono, da un lato, i differenti livelli in cui il garantismo si pone; dall'altro, la sua massima interna che si manifesta in un determinato modo a ogni differente livello: *garantire giuridicamente significa limitare e vincolare il potere, sia esso pubblico o privato*<sup>358</sup>.

Partendo da questa massima, il garantismo presuppone, in primo luogo, epistemologicamente, la ragione *nel diritto*<sup>359</sup>, cioè, una critica allo *Stato di Diritto*, nella misura in cui si considera *Stato di Diritto garantista* solamente quello Stato di Diritto che sia dotato di una costituzione rigida – *modello normativo di diritto* –, il cui *principio della legalità* assume una *validità* non solo *formale*, ma soprattutto *sostanziale*, dato che è sul piano della legittimazione sostanziale del principio di legalità – in questo caso legalità in senso stretto – che si configura la massima del limite e del vincolo al potere<sup>360</sup>.

In secondo luogo, si considera il garantismo come *teoria e critica del diritto* – *ragione di diritto*<sup>361</sup> –, cioè una teoria giuridica che colloca la *validità* e l'*effettività* non solo come classi distinte tra loro, ma anche distinte dall'*esistenza* o dal *vigore* delle norme. In questo secondo significato, il garantismo mette in luce, stabilendo teoricamente la differenza tra il modello normativo – materialmente garantista – e la pratica operativa – virtualmente antigarantista – una teoria della differenza tra la normativa e la realtà che agisce come un fattore legittimante/delegittimante, limitando e vincolando il potere, tanto alla normativa come all'*effettività* giuridiche<sup>362</sup>.

Il garantismo, al di fuori dell'ambito del diritto, consta di un terzo aspetto: la ragione *del diritto*<sup>363</sup>, una *filosofia politica* laica che presuppone la separazione tra *diritto* e *morale*, una giustificazione necessaria tra la *validità* e la *giustizia*, tra il

---

*garantismo jurídico*. Florianópolis: Habitus Editora, 2003. Também: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>358</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 889 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad externado de Colômbia, 2000, p. 122.

<sup>359</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 6 e seg.

<sup>360</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 897.

<sup>361</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 346 e seg.

<sup>362</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 892-3.

<sup>363</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 195 e seg.

punto di vista giuridico interno e quello esterno, tra *l'essere* e il *dover essere* del diritto. Questa prospettiva esterna, intesa in modo riformatore o rivoluzionario, si pone come presupposto di una dottrina democratica che vuole limitare e vincolare il potere dello stato<sup>364</sup>.

In questo senso, il *garantismo* come filosofia politica incorpora i valori *meta-extra-pregiuridici fondanti*, che rappresentano gli interessi e le necessità degli individui o della collettività, la cui soddisfazione è utilizzata come giustificazione sia da parte delle istituzioni giuridiche, sia da quelle politiche. Il garantismo, visto dall'esterno, rompe con qualsiasi teoria che possa autofondare o autogiustificare il diritto o lo Stato come valori a se stante<sup>365</sup>.

Così, secondo Luigi Ferrajoli<sup>366</sup>, il *garantismo* – mediante le sue tre manifestazioni – assumendo una posizione critica rispetto al diritto, mette in discussione qualsiasi proposta *teorica* che sia svincolata da un controllo empirico e una qualsiasi posizione *pratica* che si dimostri distante da principi teorici<sup>367</sup>.

Partendo da ciò, la teoria garantista si proietta verso una necessaria *protezione della libertà individuale contro qualsiasi forma di esercizio arbitrario del potere*<sup>368</sup>, e si posiziona in sintonia con la *filosofia utilitarista*, per quanto riguarda i limiti del *diritto* e dello *stato* come soggetti giuridici autonomi.

Ma, oltre a questo, la grande novità storica, che rafforza il sistema garantista contemporaneo alla ricerca della sua proposta riformatrice e limitatrice del potere – è ciò che la distingue sostanzialmente dal sistema precedente, più fragile in senso teorico – è *l'incorporazione interna* nel paradigma dello *Stato di Diritto* delle norme che una volta servivano unicamente alla *fondatezza esterna* del modello<sup>369</sup>.

---

<sup>364</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 893-4.

<sup>365</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 894.

<sup>366</sup> MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. op. cit., p. 3-39.

<sup>367</sup> BOBBIO, Norberto. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. VII.

<sup>368</sup> Idem., *Ibidem.*, p. VII.

<sup>369</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 348.

In altre parole, con la positivazione costituzionale dei cosiddetti *diritti naturali* affermati dalle dottrine giusnaturaliste – razionaliste e illuministe – del XVII e XVIII secolo, i principi assiologici esterni al diritto sono diventati principi teorici e scientifici, da un lato descrittivi, dall'altro critici rispetto allo stesso diritto positivo.

Tali diritti naturali, nella misura in cui sono stati inseriti nelle moderne costituzioni, hanno assunto anche il carattere di principi normativi fondamentali dello Stato di Diritto e, così, hanno ristabilito, in una forma più rigorosa, quegli antichi fondamenti esterni della giustizia, ora rinvigoriti e legittimati all'interno dell'ordinamento giuridico, come il principio dell'uguaglianza, il valore della persona, i diritti civili e politici e, in generale, tutti quei sostrati conquistati politicamente dalle lotte rivoluzionarie e che sono state messe da parte, soprattutto a causa della confusione creata tra diritto e morale.

Tuttavia, per quanto riguarda la costituzionalizzazione dei principi di giustizia, in nessun modo tale incorporazione interna giuridica indica o si posiziona a favore della soppressione della tesi positivista della separazione tra diritto e morale. Al contrario, è una condizione della possibilità di questo progetto di costituzionalizzazione e del suo successo, nella misura in cui rende nitido il punto di vista esterno e quello interno al diritto e stabilisce *il diritto sul diritto*, cioè, la regolamentazione giuridica del suo stesso dover essere<sup>370</sup>.

In realtà, *l'istituzionalizzazione della morale nel diritto* è il risultato di complessità dell'ordinamento giuridico a causa del costituzionalismo rigido stabilito secondo il modello di Stato Costituzionale. La discussione, così, cambia e diventa una discussione *sul diritto nel diritto*; cioè, diventa una discussione sulla validità delle norme giuridiche, sollevando un altro problema: *è valida, anche se ingiusta, una qualsiasi norma o prescrizione che sia in conformità alle norme sulla sua produzione*<sup>371</sup>?

---

<sup>370</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 487.*

<sup>371</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione..., op. cit., p. 352.*

Qui si instaura il nuovo dibattito sui fondamenti dello Stato di Diritto, nella misura in cui qualsiasi Stato di Diritto basato su una *costituzione rigida minimamente garantista*, deve manifestarsi non solo rispetto alla validità o all'(in)costituzionalità della legge sulla sua stessa forma di produzione, ma, e soprattutto, rispetto alla giustizia della legge confrontata con la costituzione<sup>372</sup>.

Tuttavia è imprescindibile dire che, paradossalmente, nonostante la *confusione* tra la vigenza e la validità della legge sia la causa di uno dei grandi problemi da affrontare da parte dello Stato di Diritto, *la separazione* piena tra la costituzionalità rispetto alla forma della produzione della legge e la costituzionalità nei confronti della giustizia dei suoi contenuti, è anche responsabile della distruzione della comprensione del principio stesso di legalità, nella misura in cui lo stato costituzionale contemporaneo<sup>373</sup>, quando ha inserito nell'ordinamento giuridico delle norme sulla produzione di norme attraverso nuove costituzioni - come quelle tedesca, italiana, spagnola, portoghese e, più di recente, quella brasiliana - ha riconosciuto, anche in modo contingente, l'imposizione interna di valutazione di principi etici e politici<sup>374</sup> e, in questo senso, ha chiaramente stabilito la *differenza*, ma anche *la coerenza*<sup>375</sup> - allontanando la confusione e la piena separazione tra vigenza e validità, poiché è valida solamente la legge che rispetta i requisiti formali e di giustizia stipulati dalla costituzione.

Tale intendimento può essere considerato come l'evoluzione della tesi dei magistrali fondatori dello Stato di Diritto Contemporaneo: Kelsen<sup>376</sup>, Hart<sup>377</sup> e Bobbio<sup>378</sup>, per citarne solo alcuni, che credevano unicamente in una sottomissione formale della legge alla costituzione per quanto riguarda la sua forma di produzione, confondendo, in un determinato livello, la legge vigente con la legge valida, nella misura in cui la legge vigente, però *non valida*, era considerata valida

---

<sup>372</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 352.

<sup>373</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 486.

<sup>374</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 352.

<sup>375</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 487.

<sup>376</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, in particolare il capitolo V.

<sup>377</sup> HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 79 e seg.

<sup>378</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001, in particolare il capitolo II.

dall'ordinamento fino a quando non fosse determinata la sua mancata validità da parte del potere competente.

Nel sistema garantista contemporaneo, l'ordinamento giuridico inserisce internamente un *dover essere giuridico* sottoforma di garanzie<sup>379</sup> e il rapporto che si stabilisce tra le garanzie giuridiche e l'ordinamento giuridico ha come fulcro la *validità* delle leggi; di conseguenza ciò significa che né l'esistenza giuridica della legge, né i criteri di giustizia - esterni al diritto - sono capaci di vincolare il dover essere del diritto alle garanzie giuridiche, perché solo con il giudizio di validità della legge si possono raggiungere gli imperativi dello Stato di Diritto, i suoi limiti rispetto all'esercizio del potere, che sono il riflesso del giudizio del valore nei confronti del contenuto delle norme giuridiche da parte di altre norme di livello più elevato e interne all'ordinamento<sup>380</sup>.

Valori vincolanti che stabiliscono condizioni limitative: questi si mostrano come il grande tema che sfiora il collegamento esistente tra democrazia e diritti fondamentali, dato che *il livello di democrazia di un determinato ordinamento è comprensibile dal grado di effettività dei diritti e delle sue garanzie normative da esso contemplate*<sup>381</sup>, la cui possibilità dipende dal giudizio di validità delle leggi, inteso anche come non confusione e, inoltre, dalla necessaria distinzione e coerenza tra giudizio di vigenza della legge - che è caratterizzata dall'assenza di limiti interni per quanto riguarda la sua legittimità, fatta eccezione per quella formale stabilita dalla fonte di norme prodotte - e il giudizio di validità della legge - che oltre a quel giudizio formale sulla sua fonte di produzione, permette un giudizio di valutazione sostanziale sul suo contenuto<sup>382</sup>.

Il recupero dei principi di giustizia esterni e la loro incorporazione a livelli più alti dell'ordinamento giuridico vanno alla ricerca dei limiti e dei vincoli del potere; quanto maggiore e più qualitativa è quest'incorporazione, maggiore e più qualitativo sarà il grado di giustizia esterna dell'ordinamento. Però, la giustizia

---

<sup>379</sup> Sull' ampliamento del significato di garanzie vedere, FERRAJOLI, Luigi. *Democrazia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p.61 e seg.

<sup>380</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 356.

<sup>381</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia...*, op. cit., questione 2.

<sup>382</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 356.

sarà valutata solamente all'interno dell'ordinamento o i limiti e i vincoli del potere saranno solamente riconosciuti, se saranno stipulate, quantitativamente e qualitativamente, delle garanzie, che non sono nient'altro che le scelte costituzionali positive - *del fare* - o negative - *del non fare* - in sintonia con lo stesso progetto di Stato di Diritto, per quanto riguarda la salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>383</sup>.

Si può, così, riconoscere la grande lezione che fa crescere i presupposti giuridici degli utilitaristi fino al complesso apparato garantista, poiché una dichiarazione dei diritti, come ad esempio quella francese del 1789, se fosse stata riconosciuta non solo come dichiarazione politica, ma anche giuridica, stabilendo internamente il diritto al diritto, vincolandolo internamente rispetto alla sua produzione, avrebbe raggiunto un forte nesso normativo tra la democrazia e i diritti fondamentali e avrebbe così anticipato il carattere rigido dello Stato di Diritto, riconosciuto solo sulle carte costituzionali del secondo dopoguerra<sup>384</sup>.

Da ciò sono nati i presupposti garantisti per un *modello di democrazia normativa*, che all'interno dello Stato di Diritto, la si può cogitare nel suo *forte significato costituzionale forte*<sup>385</sup>, poiché ha come parametro la protezione dei diritti fondamentali già inseriti nell'ordinamento - *principia iuris et in iure*. In altre parole, tale modello di democrazia normativa implica non solo il diritto, ma anche la garanzia dei diritti e per questo è costruita nelle sue dimensioni - formale e sostanziale - le cui basi normative, empiricamente, da un lato, si ancorano all'esperienza storica del costituzionalismo e, dall'altro, di conseguenza ai limiti e ai vincoli determinati da esso, al diritto positivo<sup>386</sup>.

Così la grande sfida di Ferrajoli, per comprendere la sua opera *Principia Iuris*, è stata quella di costruire *una teoria formale del diritto* per stabilire *una teoria della democrazia differenziata*: differenziata, da un lato, perché dotata di normatività interna all'ordinamento giuridico e dotata di normatività interna all'ordinamento

---

<sup>383</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 356.

<sup>384</sup> In particolare vedere la critica di Ferrajoli a Bentham: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia*, op. cit., p. 38.

<sup>385</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto*, op. cit., p. 486.

<sup>386</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*, op. cit., questão 2.

perché comprende in se i diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni, i cui titolari – e non i destinatari<sup>387</sup> –, tutte le persone o cittadini<sup>388</sup>, uniti e protetti da uguale garanzia, che appare allo stesso tempo, come limite e vincolo al potere, sia esso pubblico o privato; dall'altro, differenziata perché legata a quella teoria del diritto, della quale appare come interpretazione semantica di tipo assiologico.

Questo vuol dire che, se da una parte la teoria del diritto non parla di quali siano i principi che devono essere incorporati alla teoria della democrazia, le cui fonti sono le riforme politiche, storiche del costituzionalismo moderno; d'altra afferma che tutti quei principi incorporati *devono essere considerati seriamente*<sup>389</sup>, perché normativi rispetto allo stesso diritto, pertanto, richiedono la costruzione di un complesso apparato di garanzie funzionali e istituzionali; ed è questo complesso rapporto che fa del *garantismo l'altra faccia del costituzionalismo*<sup>390</sup>.

Pertanto, una discussione su questo cambiamento di paradigma che è passato da una *proposta utilitarista*, esterna al diritto, per promuovere la felicità al maggior numero di persone, a una *proposta garantista*, interna al diritto, per *garantire i diritti fondamentali a tutti gli individui*, si è resa necessaria nella misura in cui l'obiettivo qui stabilito è quello di evidenziare l'intrinseco rapporto tra la teoria del diritto e la teoria della democrazia, perché possa essere possibile la comprensione della proposta del *Principia Iuris*, per quanto riguarda l'ampio aspetto dei principi *iuris et in iure* e *iuris tantum*, il cui panno di fondo, inizialmente fissato, è quello della stessa democrazia *come sistema di regole e garanzie imposte ai diversi tipi di potere*<sup>391</sup>.

Così, si propone di discutere in questa terza parte, oltre di questa premessa: **Capitolo 2 - La democrazia costituzionale**; che si fissa come 2.1 - *La dimensione formale della democrazia - il chi e il come -*, rispetto 2.1.1 - *La forma politica della democrazia: la democrazia politica*, e rispetto 2.1.2 - *La forma civile della*

---

<sup>387</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 927.

<sup>388</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p.14.

<sup>389</sup> Si parafrasa il titolo dell'opera di DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>390</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia.*, op. cit., questão 4.

<sup>391</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 32.

*democrazia: la democrazia civile; si stabilisce, inoltre, come 2.2 - La dimensione sostanziale della democrazia - il che cosa -, rispetto ai Contenuti liberali: 2.2.1 - La democrazia liberale: quello che non è permesso decidere, e ai Contenuti sociali: 2.2.2 La democrazia sociale: quello che non è permesso non decidere. **Capitolo 3 - La struttura del sistema di garanzie;** che fissa: 3.1 - le garanzie primarie e le garanzie secondarie. **capitolo 4 - A guisa di una conclusione alle tesi centrali del paradigma garantista: i limiti e i vincoli al potere, la uguaglianza nei diritti fondamentali, la teoria della validità delle norme in un modello integrato di scienza giuridica.***

## Capitolo 2 - La democrazia Costituzionale

Sostenere la tesi della *democrazia costituzionale*<sup>392</sup> vuol dire, in primo luogo, rompere con alcuni dei presupposti storici che hanno caratterizzato e caratterizzano l'idea di democrazia, cioè, che *la democrazia è univocamente il governo del popolo*, nella misura in cui il popolo<sup>393</sup>, a sua volta, assume organicamente il ruolo di *soggetto politico*, un macro soggetto, un *corpo morale e collettivo*<sup>394</sup>, che possiede una volontà omogenea.

In realtà la democrazia come governo del popolo, che si giudica corretta nella misura in cui si riconosce nella sovranità popolare e conferisce questa alla volontà della maggioranza<sup>395</sup>, considerandola come la libertà positiva del popolo di non essere soggetto ad altre decisioni, fatta eccezione per quelle stipulate da sé stessa, cioè, dalla volontà della maggioranza, trova nella democrazia costituzionale l'impossibilità di deliberare sulle leggi costituzionali che conferiscono diritti fondamentali e che non appartengono al popolo, come un *macro soggetto dotato di volontà unitaria*, ma appartengono al popolo inteso come *un soggetto collettivo i cui partecipanti sono uniti solamente dalla titolarità delle stesse modalità costituenti o dalle aspettative costituite*<sup>396</sup>.

In altre parole è come dire che l'aggettivo costituzionale che compone il termine democrazia non presuppone un *démos* del quale ne è l'espressione della volontà collettiva omogenea, i cui diritti fondamentali rappresentano i valori comuni stabiliti da questo *démos* e che, pertanto, è subordinato al principio della rappresentatività, adatto a esprimere la volontà generale del popolo e per determinare i propri diritti, compresi quelli considerati fondamentali; invece l'aggettivo costituzionale presuppone l'uguaglianza in diritti<sup>397</sup>, soprattutto quelli fondamentali, che appartengono a tutti gli individui che fanno parte del popolo e

---

<sup>392</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit.

<sup>393</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 928-9.

<sup>394</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ideal Empires and Republics. Rousseau's Social Contract, More's Utopia, Bacon's New Atlantis, Campanella's City of the Sun, with an Introduction by Charles M. Andrews.* Washington: M. Walter Dunne, 1901, Capítulo: CHAPTER VI.: The Social Pact. Disponibile on line: <http://oll.libertyfund.org/title/2039/145431>.

<sup>395</sup> MILL, John Stuart. *Saggio sulla libertà.* Milano: Net, 2002, p. 6.

<sup>396</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 387.

<sup>397</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo.* 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1979, p. 330-1.

che possono essere piegati, anche contro le decisioni prese dalla rappresentanza maggioritaria; ciò vuol dire che se esiste l'unità del popolo è quella, e solo quella, dell'uguale titolarità dei diritti<sup>398</sup>.

Nell'ambito della democrazia costituzionale, la sovranità popolare si appropria di un doppio significato - negativo e positivo - che, nel senso negativo, non appartiene al monarca, al parlamento o a qualsiasi persona o gruppo di persone, ma all'insieme dei suoi cittadini, che sono i singoli soggetti in carne e ossa che formano il popolo; in senso positivo, tali soggetti detengono poteri, e contropoteri, cioè, i diritti fondamentali - che si caratterizzano *come tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire*<sup>399</sup> - compresi come *frammenti della sovranità popolare*, la cui violazione è, oltre a essere un attentato contro la persona che è loro titolare, una violazione alla stessa sovranità popolare<sup>400</sup>.

In questo modo una nuova definizione della sovranità popolare cambia il legame tra democrazia e popolo e questo, di conseguenza, stabilisce che le decisioni della maggioranza, come volontà del popolo, non sono sufficienti, anche se necessarie, alla definizione di democrazia. Un sistema perché possa essere democratico deve limitare e vincolare tutti i poteri, compreso quello della maggioranza, dato che è il potere di *tutti* - come sovranità popolare - che forma la democrazia, da cui i diritti fondamentali determinano vincoli sostanziali, contraddicendo la *tesi classica* che fissa la democrazia come un metodo garantito, evidentemente, dal suffragio universale e dal principio della maggioranza<sup>401</sup>.

La concezione dominante della democrazia che la definisce come un metodo di decisione collettiva è condivisa dalle teorie giuridico-politiche contemporanee, o per meglio dire, che legano il diritto alla politica, e che sono responsabili per la sua espansione nel mondo attuale, come per esempio quella di

---

<sup>398</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 8.* Idem. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 928-9.*

<sup>399</sup> FERRAJOLI, Luigi. I. *Diritti fondamentali: In: FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali..., op. cit., p. 5.*

<sup>400</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 11.*

<sup>401</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 11-2.*

Kelsen<sup>402</sup>, di Schumpeter<sup>403</sup>, di Bobbio<sup>404</sup> o di Dahl<sup>405</sup>, che si possono denominare *formale o procedurale*.

È evidentemente innegabile la necessità di un'articolazione formale o procedurale della democrazia, che fissa le basi del *chi* - il popolo o i suoi rappresentanti - e del *come* - la regola della maggioranza - delle decisioni pubbliche, senza le quali non si può pensare il termine democratico.

Tuttavia, anche se necessaria, la dimensione formale della democrazia non è sufficiente a stabilire la legittimità delle decisioni all'interno del paradigma costituzionale contemporaneo, proprio perché si trova sottoposto alle norme costituzionali che rivendicano il principio dell'uguaglianza e i diritti fondamentali come limiti e vincoli al potere, compreso il potere della maggioranza<sup>406</sup>.

La democrazia costituzionale, perciò, si configura come un paradigma complesso che determina, oltre alle forme decisionali, la sua sostanza, perché stabilisce limiti - di proibizione - e vincoli - di obbligo - al potere rappresentativo<sup>407</sup>.

Così, se nella democrazia costituzionale si adeguano non solo *i mezzi* - il *chi decide* e il *come si decide* -, ma anche *gli scopi* - il *che cosa viene deciso* - delle decisioni, essa stessa implica il diritto - e non un diritto qualsiasi - ma il diritto che assume la *teoria della validità* delle norme come proprio corollario, perché non tutto quello che viene deciso dalla forza dell'autonomia politica o dall'autonomia civile è valido, oltre che esistente, per rispettare semplicemente determinati requisiti formali della legge, cioè, i mezzi senza attingere gli scopi definiti dal diritto che, ripetutamente, ammette come valide solo quelle decisioni che, rispettati i requisiti formali, si vincolano o si limitano all'ugual garanzia dei diritti fondamentali determinati dalle costituzioni.

---

<sup>402</sup> Kelsen, Hans. *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1998, p. 198.

<sup>403</sup> Schumpeter, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democrazia*. Milano: Estaslibri, 1994, p. 257.

<sup>404</sup> Bobbio, Norberto; et., al., *Dicionário de Política.*, op. cit., verbete. *Democracia*.

<sup>405</sup> Dahl, Robert A. 2.ed. *Sulla democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 40.

<sup>406</sup> Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo.*, op. cit., p. 61 e seg.

<sup>407</sup> Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 14.

È così evidente che, in questo senso, non esiste democrazia senza diritto, poiché si può affermare che *la democrazia è un insieme di regole che determina il valido esercizio del potere*<sup>408</sup>, pertanto, *la democrazia costituzionale è una teoria giuridica e normativa*<sup>409</sup> che si basa sulla teoria della validità delle norme e che ha nella sovranità popolare sia la propria *legittimazione formale* per produrre norme sulla produzione di norme - norme secondarie - e anche la propria legittimazione sostanziale nel rispetto della produzione di norme sostanziali fondamentali - norme primarie -<sup>410</sup>.

Così, se la democrazia solamente è democrazia - nel senso contemporaneo - nella misura in cui è costituzionale e che, pertanto, non esiste democrazia al di fuori della costituzione; è anche imprescindibile affermare che la democrazia diventa costituzionale perché trova la propria essenza nella rigidità delle carte costituzionali che hanno formato - e formano - il pensiero giuridico-politico del secondo dopoguerra, e che hanno determinato diritti che non appartengono solo alla maggioranza, ma inderogabilmente a tutti e a chiunque, i quali pure formano il "potere del popolo" e sotto quest'aspetto, ovviamente, fanno parte della democrazia<sup>411</sup>.

Di conseguenza, se i precursori del *nuovo costituzionalismo* liberale dichiarano l'intrinseco rapporto tra diritto e politica, il che rappresenta in un certo modo, la mancanza di autonomia del diritto rispetto alla politica, indicando la *democrazia formale* come modello - o il mezzo - da seguire per gestire tale rapporto<sup>412</sup>, senza rendersi conto del vuoto lasciato dallo Stato di Diritto in favore della decisione politica, come dimostra con grande attualità il pensiero di Hans Kelsen<sup>413</sup>, seguito da Norberto Bobbio<sup>414</sup> e Carlos Niño<sup>415</sup>, visto che per loro la democrazia è un metodo di decisione attraverso la discussione e la votazione

---

<sup>408</sup> Idem., *Ibidem.*, p. 14.

<sup>409</sup> Questa è la base della teoria della democrazia disegnata da FERRAJOLI, che si trova numerose volte durante l'opera FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, op. cit.

<sup>410</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 15.

<sup>411</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 15.

<sup>412</sup> BARBERIS, Mauro. Introduzione. In: KELSEN, Hans. *La democrazia.*, op. cit., 1998, p. 39.

<sup>413</sup> KELSEN, Hans. *La democrazia.*, op. cit., p. 191 e seg.

<sup>414</sup> BOBBIO, Norberto; et., al., *Dicionário de Política.*, op. cit., verbete: Democracia.

<sup>415</sup> NIÑO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.* 2.ed. Barcelona: Aryel, 1989.

maggioritaria che presuppone, anche, un minimo di consenso necessario per avvalorare l'efficacia dell'impegno democratico. Ferrajoli<sup>416</sup>, con la proposta di *democrazia sostanziale*, accentua appunto l'esistenza del rapporto tra il diritto e il potere - e non solo quello pubblico, ma anche quello privato -, nella misura in cui definisce questo *nuovo costituzionalismo* con dei vincoli contenutistici, identificando i fini che devono essere raggiunti dallo Stato di Diritto, e sottoponendo a dei limiti e dei vincoli sostanziali sia l'esercizio delle autodeterminazioni politiche, sia quello delle autodeterminazioni civili, tutto a causa della stessa normatività del paradigma costituzionale contemporaneo che ristrutturava effettivamente, e soprattutto, il nesso di base tra la democrazia e il diritto.

## 2.1 - La dimensione formale della democrazia: il *chi* e il *come*

Per essere parte indispensabile della democrazia costituzionale, la democrazia formale è quella dimensione della democrazia che si caratterizza, nella metafora del *contratto sociale*, o meglio, al momento dell'atto costitutivo dello Stato di Diritto, per l'autonomia - individuale o collettiva - degli stessi contraenti e consociati che pattuiscono e stabiliscono l'insieme dei poteri costituiti, i cosiddetti *diritti-poteri* responsabili della dinamica dello stesso sistema giuridico che, in altre parole, sono delle *norme di riconoscimento dei poteri legittimi e delle decisioni formalmente valide in un ordinamento democratico*<sup>417</sup>.

La *democrazia formale* si basa, pertanto, da un lato, sulla democrazia politica, per l'esercizio dei diritti politici; dall'altro, sulla democrazia civile, per l'esercizio dei diritti civili. Ambedue i diritti, politici e civili, sono denominati diritti secondari, poiché determinano i mezzi coi quali la volontà della maggioranza - *il come si decide* - e le autodeterminazioni private - *il chi decide* - raggiungono i propri fini giuridici, legittimando formalmente la democrazia,

---

<sup>416</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 17.*

<sup>417</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 17.*

nella misura in cui istituiscono *i poteri coi quali l'esercizio del sistema democratico viene fondato e attivato*<sup>418</sup>.

Ciò vuol dire che se la democrazia costituzionale è giustificata dall'uguaglianza in diritti fondamentali, la parte formale della democrazia costituzionale è quella responsabile per la parte formale dell'uguaglianza: essa riguarda la nascita dell'insieme delle istituzioni, di norme e di atti che caratterizzano il diritto pubblico e che con la manifestazione dei *diritti politici secondari - sovranità politica - fonda la sfera pubblica* come spazio di interessi generali ed uguali o di tutti; come è idonea anche a creare quell'insieme di azioni, situazioni o rapporti interpersonali che caratterizzano il *diritto privato* e che, con il manifestarsi dei *diritti civili secondari - autonomia privata - determina la sfera privata* come spazio dei interessi privati<sup>419</sup>.

In questo senso, si può parlare della fondazione positiva dei diritti fondamentali sostanziali - fini -, delle loro garanzie e del loro concreto funzionamento, specialmente per la dimensione formale e nomodinamica della democrazia costituzionale, che ha (ri)stabilito la distinzione essenziale e la separazione tra *la sfera pubblica e la sfera privata*. Quella dotata di *funzioni*, a causa del carattere del potere pubblico che si dimostra predeterminato a specifici scopi per soddisfare gli interessi di diversi soggetti; questa, dotata a titolo maggioritario di *potestà*, a causa della sua natura vincolata agli interessi privati che risultano prefissati a fini diversi per soddisfare gli interessi dei suoi stessi titolari. Una *eteronoma*, l'altra *autonoma*; ambedue, però, connesse a limiti e vincoli indicati dal paradigma dello Stato di Diritto<sup>420</sup>.

Pertanto, si può dire, in modo specifico, che la dimensione formale della democrazia è determinata da norme di riconoscimento dell'ordinamento costituzionale<sup>421</sup>, il cui contenuto è permeato da norme di competenza e che in accordo con le norme del riconoscimento stabilisce: per quanto riguarda la

---

<sup>418</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 22-3.*

<sup>419</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 160-1.*

<sup>420</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 163. Idem. Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 649, 804-5.*

<sup>421</sup> Idem., *ibidem.*, p.925.

*democrazia politica* – a) il principio della rappresentatività politica delle funzioni del governo, che ha nell'esercizio del *diritto politico* del voto la sua affermazione; b) il principio della divisione dei poteri; c) il principio della separazione tra le funzioni di governo e le funzioni di garanzia; per quanto riguarda la *democrazia civile* – a) il principio dell'autodeterminazione dell'individuo, che ha nell'esercizio del *diritto civile dell'autonomia* la sua affermazione.

### 2.1.1 – La forma politica della democrazia: la democrazia politica

Considerando l'inattuabilità di un autogoverno, dove tutto il popolo abbia la possibilità di decidere sulla globalità degli argomenti pubblici, è stata inesorabile la rassegnazione di una rappresentanza alla volontà del popolo, una partecipazione politica, nata in maniera emblematica come l'altra faccia del pensiero liberale, che si interessava a porre limiti al potere dello stato in nome delle libertà individuali.

L'importanza della partecipazione politica da parte del cittadino in atti pubblici è stata definita da Rousseau come *volonté générale*<sup>422</sup>.

Sin da quando è stata proposta la tesi della *volonté générale*<sup>423</sup> è stata minuziosamente discussa e trattata. Essa, contemporaneamente, per quanto riguarda la sua identificazione con la democrazia, senza dubbio agisce come substrato *sine qua non* alla rappresentazione politica e, tecnicamente, esprime nel miglior modo l'antico ideale basato sulla *democrazia diretta - demoskratein*<sup>424</sup>.

Tuttavia, anche se necessaria, la tesi della *volonté générale* si mostra vincolata all'idea della *volontà comune* dei cittadini, cioè, è una mera *volontà morale* che conta su una specie di consenso relativo, imprescindibile alla produzione legislativa, ma insufficiente per stabilire tutto il paradigma della democrazia costituzionale. Quello che accade, in questo modo, è che la tesi della *volonté*

---

<sup>422</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ideal Empires and Republics...*, op. cit., capitolo: CHAPTER VI.: The Social Pact.

<sup>423</sup> KANT, Immanuel. *Scritti di storia, politica e diritto*. 5.ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 136 e seg.

<sup>424</sup> KELSEN, Hans. *La democrazia*, op. cit., p. 192.

*générale* è l'amalgama che fonda l'idea di rappresentatività/democrazia politica, la cui *norma di riconoscimento* è solo l'attribuzione dei diritti politici.

È così necessario mettere in evidenza che non si può pensare il termine democrazia senza la forza della rappresentanza politica<sup>425</sup>, la cui base sta nel suffragio universale; è su di essa - la democrazia politica - che si basano le altre estensioni della democrazia e, in questo senso, si caratterizza come fondamentale per qualsiasi struttura complessa di democrazia avanzata, cioè, qualsiasi democrazia è, come minimo, una democrazia politica, che si qualifica nella sua *interpretazione civile della norma di riconoscimento* che è l'attribuzione dei *diritti civili*; nell'*interpretazione liberale* da parte della *ragione sociale* che è l'attribuzione dei *diritti della libertà*; nell'*interpretazione sociale della ragione sociale* che è l'attribuzione dei *diritti sociali*. E, così, solo l'insieme di queste quattro interpretazioni rende possibile basare e definire il cosiddetto *paradigma della democrazia costituzionale*<sup>426</sup>.

In questo senso, il fatto che la democrazia politica sia estremamente fondamentale e di non caratterizzarsi, tuttavia, come l'unico principio della democrazia costituzionale, ha a che fare con il semplice fatto che la coniugazione tra il principio dell'autodeterminazione del popolo al quale storicamente si adegua la democrazia politica, non attinge, di fatto, questo stesso principio, ma *solamente l'interpretazione organica delle funzioni pubbliche da parte dei soggetti eletti*

---

<sup>425</sup> È importante evidenziare la discussione intrattenuta sulla concezione, i vincoli e i limiti della democrazia politica tra Ferrajoli e Bovero, iniziata da Bovero con il testo: BOVERO, Michelangelo. La filosofia politica di Ferrajoli. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. (org.). *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. P. 409 e seg. Con la risposta di Ferrajoli nella stessa opera nel testo: FERRAJOLI, Luigi. *Notas críticas y autocríticas en torno a La discusión sobre "derecho y razón"*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. (org.). *Las razones del garantismo...*, op. cit., p. 528. Inoltre la stessa discussione è portata avanti dagli autori em: BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 252 e seg. Com a réplica de Ferrajoli: FERRAJOLI, Luigi. III. I fondamenti dei diritti fondamentali: In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 320-2. Il chiarimento finale di Ferrajoli in: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia...*, op. cit., p. 22-3. E, inoltre, Il riconoscimento di Ferrajoli a proposito della democrazia politica come presupposto delle altre dimensioni della democrazia in: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo...*, op. cit., p. 77 e seg. Oltre a queste discussioni italiane sulla opera di Ferrajoli, è uscito anche in Spagna la opera: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro. (orgs.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta. 2005. Con la risposta di Ferrajoli: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta. 2006.

<sup>426</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo...*, op. cit., p. 82.

dall'esercizio del diritto politico del voto<sup>427</sup>, grosso modo, il "potere" di governare e di legiferare che, trattandosi di democrazia costituzionale, si limita a una istituzione politica che, in forza della sua costituzione, ha come norma di riconoscimento della sfera pubblica la divisione dei poteri, la rappresentatività politica delle funzioni di governo per il tramite dell'esercizio dei diritti politici e la separazione da esse delle funzioni di garanzia<sup>428</sup>. Questo è il punto cerne della questione, poiché il governo del popolo, espressione che ha le proprie radici, attualmente, nel principio democratico dell'universalità del suffragio, dell'esercizio del diritto politico, è un problema procedurale, una norma di competenza<sup>429</sup>, che ha lo scopo di autorizzare in modo democratico la creazione e la realizzazione dell'ordinamento giuridico nei termini della legge costituzionale.

Essenzialmente, la dimensione politica della democrazia si rafforza man mano, trattandosi del paradigma costituzionale, attraverso la fissazione e la comprensione dei vincoli e dei limiti determinati costituzionalmente al principio della rappresentanza politica e al suffragio universale, poiché solo con la garanzia della qualità sostanziale del sistema politici la democrazia appare rinvigorita, idonea a garantire e a massimizzare l'uguaglianza e la rappresentanza dei voti espressi<sup>430</sup>.

In altre parole, la sopravvivenza della democrazia politica passa attraverso la garanzia dei diritti fondamentali – tra i quali troviamo, ed è sempre bene reiterarlo, gli stessi diritti politici – la cui costituzionalizzazione ha conferito ai propri titolari un carattere sovraordinato rispetto agli altri poteri, siano esse pubblici o privati, i quali sono vincolati, in modo strumentale, al rispetto e alla garanzia di quei diritti.

Tale titolarità dei diritti è, parlando di democrazia costituzionale, il punto possibile per la comprensione del significato del termine *sovranità popolare*, dato che, come potere del popolo, la sovranità popolare non si limita esclusivamente ai

---

<sup>427</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 863.

<sup>428</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 935.

<sup>429</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 168.

<sup>430</sup> FERRAJOLI, Luigi. III. I fondamenti dei diritti fondamentali: In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 323.

diritti politici, ma anche a tutti gli altri diritti fondamentali che funzionano soprattutto come contropotere verso qualsiasi tipo di artificio esistente per non rispettarli<sup>431</sup>.

In questo senso per poter parlare di democrazia bisogna considerare, ovviamente, il potere del popolo, che appare sotto il documento giuridico politico chiamato costituzione, non solo come la possibilità di concedere poteri alla rappresentanza politica – il mezzo –, ma come un potere – il fine –, che per la titolarità di ogni individuo che fa parte del popolo è in grado di limitare e vincolare qualsiasi potere – pubblico o privato – che non sia articolato e con funzioni di tutela e di soddisfazione dei differenti tipi di diritti fondamentali<sup>432</sup>.

L'importanza di tale questione è messa alla luce nella misura in cui risulta evidente che la democrazia non può terminare con sé stessa; la rappresentanza politica non può decidere su quello che non dispone come, per esempio, l'estinzione del patto che l'ha composto e che la mantiene viva; neppure il legislatore, né l'amministratore riassumono in modo fondamentale il popolo, nonostante il popolo sia il destinatario delle creazioni dell'organo legislativo e delle realizzazioni dell'esecutivo; il potere della maggioranza non può essere onnipotente<sup>433</sup>, per non mettere in rischio il corollario fondatore della democrazia costituzionale, o meglio, della moderna democrazia e dello Stato di Diritto, che è quello della *priorità del diritto sul potere*<sup>434</sup>.

Così, la forza della democrazia politica non può perdere le proprie caratteristiche a causa della scarsità di garanzie dei diritti fondamentali, essa è, al contrario, lo strumento adatto ed essenziale a raggiungere gli obiettivi stabiliti dallo stato. Se nello Stato di Diritto la fallacia del buon potere è stata messa da parte e tutto il potere, pertanto, è vincolato a dei limiti, alla dimensione formale della democrazia nella sua forma politica, necessita, senza condizioni, di quella

---

<sup>431</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democrazia y garantismo*, op. cit., p. 85.

<sup>432</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democrazia y garantismo*, op. cit., p. 85 e seg. FERRAJOLI, Luigi. III. I fondamenti dei diritti fondamentali: In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 323.

<sup>433</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democrazia in America*. 7.ed. Milano: BUR, 2007, p. 253 e seg.

<sup>434</sup> FERRAJOLI, Luigi. III. I fondamenti dei diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 324.

dimensione sostanziale della democrazia, nella misura in cui solo per la sua coerenza contenutistica è che quella si mantiene idonea alla rappresentanza degli interessi pubblici e generali.

Inoltre: se la forma politica della dimensione formale della democrazia non viene sorretta dalla dimensione sostanziale della democrazia costituzionale, il suo svuotamento sarà innegabile e la sua deformazione dinanzi al proprio paradigma dello Stato di Diritto. Metterà in risalto ancor più la confusione tra la sfera pubblica e quella privata, tra il potere pubblico e quello economico, la cui conseguenza sarà la mercificazione e la deregolamentazione di tutti i poteri<sup>435</sup> e il fallimento totale del paradigma costituzionale nato dal secondo dopoguerra.

#### 2.1.2 - La forma civile della democrazia: La democrazia civile

Inoltre, la dimensione formale della democrazia comporta, oltre alla forma politica, la cui norma di riconoscimento è l'attribuzione di diritti politici, la forma civile, la cui norma di riconoscimento è l'attribuzione di diritti civili.

La democrazia civile è alla base dei poteri privati, la cui fonte di legittimazione è l'autonomia negoziale e i diritti-poteri di autodeterminazione privata sono il suo grande punto di riferimento, nella misura in cui è per la possibilità e per la garanzia del loro esercizio che si fonda la sfera privata.

Ciò vuol dire che la democrazia civile, o la sfera privata, prodotta dall'esercizio del diritto fondamentale dell'autonomia presuppone una *potestà*, cioè, una facoltà il cui esercizio causa effetti restrittivi sulla libertà generica, propria e di altri<sup>436</sup>.

Questa affermazione, in primo luogo, ammette che l'autonomia privata è un potere e, pertanto, seguendo la massima della tesi qui sostenuta secondo la quale *il paradigma garantista dello Stato di Diritto* rappresenta, soprattutto, limiti e vincoli su tutti i poteri, siano essi pubblici o privati, l'esercizio del diritto fondamentale dell'autonomia privata, trattandosi di un diritto secondario

---

<sup>435</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 177.*

<sup>436</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 226.*

potestativo, si trova, contrariando l'ampia dottrina del diritto pubblico del XIX secolo<sup>437</sup>, sottoposto a limiti e vincoli assoluti – i cosiddetti *doveri fondamentali*<sup>438</sup> – che vengono determinati dai diritti primari o sostanziali, siano essi *individuali*, cioè, che gli stabiliscono *limiti fondamentali*<sup>439</sup>; siano essi *sociali*, che gli determinano *vincoli fondamentali*<sup>440</sup>.

Tuttavia, per il pieno sviluppo di quanto sopra citato, è necessario, avere in mente certi presupposti basilari che derivano dai postulati stabiliti dal paradigma garantista, nella misura in cui determinano un rinnovamento della nozione di *diritto soggettivo*; ossia, ciò si intravede, come riferimento, nella comprensione del termine *aspettativa*, che a sua volta gli stabilisce le dovute *garanzie*<sup>441</sup> e corrisponde: a obblighi di prestazione – *aspettativa positiva* –, quando si riferisce a *diritti positivi*<sup>442</sup>; a proibizioni di lesioni – *aspettativa negativa* –, quando si riferisce a *diritti negativi*<sup>443</sup>.

Pertanto, tutti i rapporti giuridici intersoggettivi in cui si riverbera l'idea del *diritto soggettivo*, sotto l'egida del paradigma garantista dello Stato Democratico di Diritto, si decompone come *qualsiasi aspettativa di prestazione o di non lesione*<sup>444</sup>, il che comprende entrambe le nozioni classiche e, fino ad ora, notoriamente antagonistiche del diritto soggettivo che sono: la *facoltà di agire* – *facultas agendi* –, proposta da Windscheid<sup>445</sup>, ed anche *l'interesse giuridicamente protetto*, difesa da Jhering<sup>446</sup>.

Questa ulteriore definizione del *diritto soggettivo* ha lo scopo di sanare il conflitto che ha percorso gran parte della simbiosi basata sulla *dottrina giusnaturalista e contrattualista*, relativa al costituzionalismo moderno e alla teoria dello Stato, da un lato, e alla *dottrina romano civilista*, rinvigorita a partire dal XIX

---

<sup>437</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 631.*

<sup>438</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 773.*

<sup>439</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 768.*

<sup>440</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 773.*

<sup>441</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 669.*

<sup>442</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 644.*

<sup>443</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 645.*

<sup>444</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 641.*

<sup>445</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette.* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 108.

<sup>446</sup> JHERING, Rudolf von. *El Espiritu del Derecho Romano..., op. cit., p. 19.*

secolo, responsabile per l'enunciazione storica del diritto della proprietà e dei diritti patrimoniali, dall'altro.

La confusione tra ambedue le dottrine ha avuto effetti e ne ha tutt'ora, in tutti gli ambiti della scienza giuridica e, di conseguenza, nelle questioni vincolate alla comprensione dello Stato Costituzionale, dato che esso, mediante la sua caratterizzazione, vuole eliminare la fallacia che ha istituito l'identificazione della *proprietà* come il fondamento e l'unico responsabile della concezione di *libertà*.

In questo senso, partendo dal giusnaturalismo precursore di *Locke* – che ha riconosciuto la vita, la salute, la libertà e la proprietà come beni tutelati dalla stessa *legge della natura*<sup>447</sup> e, per quanto riguarda in modo specifico la libertà, che è stata vincolata alla proprietà con la celebre espressione del *capitolo V, § 27, del Volume 4, dell'opera Due trattati sul governo: every man has a property in his own person*<sup>448</sup> –, questo, nonostante sia stato responsabile per la rivoluzione liberale contro la schiavitù, dando il più importante passo della civiltà verso l'emancipazione identitaria, ha generalizzato e centralizzato il termine *proprietà* come: *immunità* – della vita –, *libertà* – d'azione –, *averi* – di poteri<sup>449</sup>.

Mentre la libertà si unisce alla proprietà<sup>450</sup> e riceve, nella tradizione inglese, la qualifica di *naturale* o innata, preesistente, pertanto, all'organizzazione statale e che, giustamente per questo, sarebbe inesorabilmente riconosciuta e tutelata; nella cultura giuspubblicistica tedesca ottocentesca, seguita anche dalla cultura italiana della fine dello stesso secolo, la comprensione dell'origine di tali diritti cambia completamente senza, tuttavia, produrre un'altro risultato di tale cambiamento.

In altre parole, per la dottrina che ha riformulato il diritto romano, i diritti di libertà sono stati caratterizzati dall'idea del *diritto pubblico soggettivo*; un effetto

---

<sup>447</sup> LOCKE, John. *The Works of John Locke in Nine Volumes...*, op. cit., Vol. 4. Capitolo II: Of the state of nature, § 6.

<sup>448</sup> LOCKE, John. *The Works of John Locke in Nine Volumes...*, op. cit., Vol. 4. Capitolo V: Of property, § 27.

<sup>449</sup> Sotto l'aspetto ambiguo della concezione di Locke rispetto al diritto di proprietà vedi: MACPHERSON. C.B. *The political theory of possessive individualism...*, op. cit., p. 194 e seg.

<sup>450</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto...*, op. cit., p. 16.

*riflesso* del diritto sovrano dello Stato<sup>451</sup> che ha finito per attingere gli stessi fondamenti proposti da Locke, rafforzando la nozione del *diritto soggettivo* come il *dominio della volontà sia sulla stessa persona, sia sul mondo esterno dei beni stessi*<sup>452</sup>, nella misura in cui ha concepito l'idea del *diritto di proprietà* come *la sfera illimitata del dominio di una persona su una cosa*.

La formula che ha determinato *la libertà* come *la proprietà di sé stessi*, vincolando e, in qualche modo, confondendo la prima – la libertà – con la seconda – la proprietà – è stata la grande responsabile della fondatezza che ha accompagnato la storia moderna dei diritti civili e che ha dato inizio alla distorsione dell'idea generica del diritto della proprietà come qualcosa di giuridicamente illimitato.

Compete, dinanzi a ciò, al progetto di democrazia costituzionale riconoscere l'ambito e specificarne la struttura, all'interno della dimensione formale della democrazia, spetta alla democrazia civile, quella che è la parte strumentale dello Stato di Diritto responsabile della concezione dell'autonomia privata e dell'iniziativa economica, la cui sfera di diritti ad essa vincolata è quella dei diritti fondamentali di ordine civile attribuiti *a tutte le persone capaci di agire*<sup>453</sup>.

Pertanto, il piano della libertà non può essere disposto solo *dall'idea liberale classica* della proprietà e neppure articolato come capacità negoziale, libertà di scambio e di mercato, come l'ha definita la *teoria marxista*, a rischio di mettere a rischio lo stesso ordine costituzionale<sup>454</sup>.

L'ampiezza dei diritti di libertà comprende una coniugazione ben più complessa e, proprio per questo, dipende anche dalla dovuta ricostruzione

---

<sup>451</sup> La tesi del *diritto pubblico soggettivo* e la questione dei diritti individuali come *effetti riflessi* del potere statale creata in Germania nella metà del XIX secolo da Von Gerber e pubblicata nei saggi: GERBER, Carl Friedrich Wilhelm Von. Sui diritti pubblici e Lineamenti di diritto pubblico tedesco. In: *Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 3-87 e 89-213 ha aperto un ampio sviluppo dell'idea nelle discussioni posteriori fatte da JELLINEK, SANTI ROMANO, EMANUELE ORLANDO. Per un'ampia discussione critica della situazione vedi: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 955 e seg. FERRAJOLI, Luigi. I. Diritti fondamentali. In: *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, p. 11 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, *op. cit.*, p. 637.

<sup>452</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, *op. cit.*, p. 637.

<sup>453</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>454</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 957.

dell'idea del diritto soggettivo, la cui connotazione vuole comprendere, strutturalmente e contenutisticamente, i diversi livelli in cui è configurato il termine generico *diritti della libertà*, riuscendo, così, a distinguere e determinare i diritti dell'autonomia privata come unicamente quei *diritti-poteri* che competono alla sfera privata, rappresentata dalla *democrazia civile* nell'ambito dello Stato di Diritto.

Pertanto la nuova ricostruzione del termine diritto soggettivo fa in modo che si creino e distinguano quattro tipi di diritti<sup>455</sup>, sui quali si struttura, anche, la concezione dei diritti fondamentali all'interno della teoria garantista - il *diritto-immunità*, che è solo un'aspettativa di non lesione; il *diritto-facoltà*, che oltre a una aspettativa di non lesione è una facoltà; il *diritto-potere*, che oltre a un'aspettativa di non lesione è un potere d'azione; il *diritto-pretesa* che oltre ad un'aspettativa di non lesione è un'aspettativa di prestazione -, questo per ottenere, soprattutto, il riconoscimento e la garanzia delle sue rispettive aspettative comprendendo, nella democrazia costituzionale, l'ambito della *necessità* e dell'*integrità personale*, da una parte, e nel campo dell'*azione* e della *decisione*, dall'altra.

Per questo, la specificità della questione qui posta, che va contro la storia della tradizione giuridica<sup>456</sup>, è che i diritti della libertà si stabiliscono, come quelli sociali: solo in quell'ambito che comprende la necessità e l'integrità personali, cioè, fanno parte, dunque, dei cosiddetti diritti primari o sostanziali, che determinano lo scopo dei poteri che sono alla base e azionano l'esercizio del sistema democratico, dei quali fanno parte quei diritti secondari o formali, il cui ambito prevede solo l'azione - del potere privato - e la decisione - del potere politico -.

Affermare tale composizione significa svincolare i diritti di libertà dal diritto di proprietà e, di conseguenza, rompere con l'idea che i diritti di libertà

---

<sup>455</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 639.

<sup>456</sup> La tradizione giuridica contemporanea segue la tesi difesa da Berlin e Bobbio, la cui concezione assume i diritti di libertà come *passivi*, ossia, di non lesione; o *attivi*, di autodeterminazione personale che comprendono sia il diritto-facoltà sia il diritto-potere, pertanto non distinguendo la struttura della libertà con quella dell'autonomia. Vedi, pertanto: BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. 56 e seg. BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166.

siano poteri e, oltre a ciò, che siano poteri illimitati, mantenendo, però, la capacità di causare effetti giuridici nella sfera privata altrui.

In realtà, questa idea si mantiene, sul piano della democrazia costituzionale, grazie all'intendimento che i diritti di libertà nascono dall'identificazione della loro funzione primaria o sostanziale allo scopo di garantire l'integrità personale di tutti gli individui, il cui carattere è essenzialmente quello *dell'immunità di lesione*, estendendosi, al massimo, come *facoltà* in cui il suo esercizio viene privo di effetti giuridici nella sfera di libertà altrui<sup>457</sup>.

Detto in altro modo, i diritti di libertà sono *diritti umani fondamentali* – perché appartengono a tutte le persone, quindi primari –; sono *diritti soggettivi negativi* – perché producono *aspettative di non lesione* –; sono diritti soggettivi attivi – perché creano, oltre alle *aspettative*, delle *facoltà*.

Ragionando in questo modo, i diritti di libertà sono caratterizzati da una bipartizione essenziale e conclusiva che si riassume in: *libertà "da"* e *libertà "di"*<sup>458</sup>. Le prime consistono nelle *sole immunità*, come il *diritto alla vita*; le seconde, *oltre alle immunità*, prevedono *anche le facoltà*, come la libertà di pensiero.

I diritti fondamentali dell'autonomia, invece, sono quelle norme che riconoscono la democrazia civile, allo scopo di garantire il potere privato dell'azione, e che nonostante sia storicamente confuso e identificato come un diritto fondamentale di libertà, ha in comune con esso solo una similitudine apparente.

Come i diritti fondamentali di libertà, i diritti fondamentali dell'autonomia sono *diritti soggettivi negativi* – poiché creano aspettative di non lesione –; sono, inoltre, della stessa forma dei diritti fondamentali di libertà, *diritti soggettivi attivi* – perché ambedue generano anche aspettative –, tuttavia la grande differenza è in quel qualcosa in più, oltre alle aspettative, creato da ciascun diritto, ossia, mentre questi originano delle *facoltà*, il cui *esercizio è privo di effetti*

---

<sup>457</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 754.*

<sup>458</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 752 e seg.*

*giuridici all'interno della sfera di libertà altrui, gli altri originano potere, il cui esercizio causa effetti restrittivi sulla libertà generica, propria e degli altri*<sup>459</sup>

Malgado ciò, questa non distinzione strutturale - che stabilisce le basi e determina l'espansione della tradizione liberale - di entrambi i diritti fondamentali, che non ha preso in considerazione la natura di potere dell'autonomia privata terminò, di conseguenza, per portare i termini democrazia e liberalismo in una posizione antagonistica, nella misura in cui, mentre la democrazia apriva un importante spazio alla partecipazione del cittadino nella sfera pubblica, il liberalismo stabiliva dei limiti allo stato in nome dei diritti di libertà, interpretando il potere solo come potere pubblico e non anche come i diritti-poteri che erano i diritti dell'autonomia privata, svincolandoli così da qualsiasi limite nel loro esercizio.

Tuttavia, è imprescindibile riferire che, nonostante la necessaria differenza tra i diritti della libertà e i diritti dell'autonomia privata, i secondi non cessano di essere inquadrati come fondamentali a causa del loro carattere universale di titolarità, perché *appartengono a tutti gli individui capaci di agire*. Però il vincolo alla capacità di agire li ha messi in un abisso strutturale insormontabile quanto ai diritti di libertà, ossia, la fundamentalità dei diritti di autonomia, a differenza dei diritti di libertà, deriva dalla titolarità non di tutti perché persone, ma di tutte le persone perché capaci di agire, il che li caratterizza, soprattutto, come un potere e per questo, come un diritto fondamentale secondario o strumentale, vincolato all'autodeterminazione giuridica della stessa vita civile, il cui esercizio dev'essere ovviamente sottoposto a limiti e a vincoli sostanziali, oltre a quelli formali.

Pertanto, sanata la confusione tra diritti fondamentali di libertà e diritti fondamentali dell'autonomia, essenziale alla piena comprensione della teoria della democrazia costituzionale, è nota la differenza e non ci si può permettere l'equivoco della comprensione tra diritti fondamentali - universali e indisponibili, disposti secondo norme *tetico-deontiche*<sup>460</sup> - e i diritti patrimoniali - singolari e

---

<sup>459</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit.,* p. 157-161, 752-59.

<sup>460</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit.,* p. 426.

disponibili, predisposti secondo norme ipotetico-deontiche<sup>461</sup> –, piú precisamente tra i diritti fondamentali dell'autonomia privata, che sono quelli sintetizzati nella possibilità, da parte di tutte le persone capaci di agire, di acquisire e disporre dei beni di proprietà, e i diritti patrimoniali, che sono quelli che si riferiscono ai propri singoli titolari, i *diritti reali di proprietà* o i *diritti personali*, come i diritti di credito.

Paradossalmente in questo senso, da questa stessa differenza sostanziale ed escludente l'una dall'altra, in cui un diritto patrimoniale giammai sarà un diritto fondamentale, esiste un elementare rapporto tra i diritti fondamentali dell'autonomia civile e i diritti patrimoniali – ciascuno mantenendosi fedele alla propria peculiare determinazione, i fondamentali verso l'uguaglianza dei diritti, i patrimoniali alla base della disuguaglianza giuridica –, dato che l'esercizio dei primi permette *azioni negoziali* che, a loro volta, sono la causa o il *titolo* di questi diritti patrimoniali. E proprio a causa di questa distinzione fondamentali/patrimoniali, i primi sono unicamente la fonte normativa sulla quale si stabilisce, per l'ugual diritto di disporre dei secondi, la condizione principale per cui si sviluppino differenti situazioni singolari; già gli atti negoziali che da questa intersezione prendono forma, funzionano come l'anello di unione tra i due tipi di diritti, perché caratterizzano *l'espressione dell'autonomia individuale delle persone e, congiuntamente, fattori dei rapporti sociali tra privati*<sup>462</sup>.

È a causa di questa complessa relazione che urge stimolare la lotta per la costruzione e il consolidamento del paradigma dello Stato di Diritto come tecnica idonea alla minimizzazione dei poteri, non solo quelli pubblici, ma, come qui esposto, anche i privati, dato che l'affermazione dell'uguaglianza nei diritti siglata dalle costituzioni del secondo dopoguerra, non permette la manifestazione dei poteri non regolamentati, in forma assoluta, come ai giorni nostri si caratterizza il potere economico, uno dei maggiori responsabili dell'indebolimento della stessa

---

<sup>461</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p.426.*

<sup>462</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 772.*

sfera privata, luogo di autodeterminazione individuale e dello sviluppo dei veri diritti di libertà<sup>463</sup>.

Non si può non menzionare che il mercato, per le sue caratteristiche di autodeterminazione in materia economica, fa parte della dimensione della democrazia formale<sup>464</sup> e che per questo, i suoi rapporti di potere sono sottoposti al diritto che può essere solo, nello Stato Costituzionale contemporaneo, quello stabilito dalla validità sostanziale delle norme, nella quale si trova, anche, la democrazia sostanziale, le cui basi si analizza da qui in poi.

## 2.2. La dimensione sostanziale della democrazia – *il che cosa*

Trattare la dimensione sostanziale della democrazia nel modello qui proposto è relativamente nuovo per l'epoca contemporanea, visto che il termine *sostanziale* riferito alla democrazia ha il suo lessico tradizionale legato a quell'idea costruita rispetto alla *vera democrazia*, che andava verso la democrazia diretta e mirava alla massima partecipazione del popolo<sup>465</sup>.

Però, il paradigma garantista dello Stato Costituzionale di Diritto si dimostra di fondamentale importanza una diversa comprensione della dimensione sostanziale della democrazia, nella misura in cui essa assume l'essenza della democrazia costituzionale, fissando limiti e vincoli di contenuti – liberali e sociali –, imposti dai diritti fondamentali, sia alla validità delle leggi, sia, di conseguenza, alla democrazia formale.

Mentre la democrazia politica, nello stato liberale classico, ha rappresentato il punto di vista riformatore e di trasformazione sociale che ha garantito, mediante il carattere rappresentativo della partecipazione popolare, il raggiungimento del potere pubblico alla rivendicazione della tutela dei soggetti più fragili, visto che lo Stato di Diritto all'epoca rappresentava solo gli interessi dei gruppi conservatori liberali istituiti al potere; contemporaneamente, le

---

<sup>463</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 228-9.

<sup>464</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 287. Nasce questo riferimento soprattutto in KELSEN. Hans. *Teoria pura do direito.*, op. cit., p. 198.

<sup>465</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo.*, op. cit., p. 86.

decisioni della maggioranza tendono ad assumere quell'antico carattere conservatore che una volta apparteneva ai gruppi dominanti liberali, spettando, nello Stato Costituzionale, alla democrazia sostanziale rivisitare e svolgere il ruolo fondamentale di tutela dei soggetti più deboli, imponendo limiti e vincoli sostanziali sia alle *autodeterminazioni individuali*, sia alle *decisioni maggioritarie*<sup>466</sup>.

Pertanto, è a causa della democrazia sostanziale che vengono meno le caratteristiche costituzionali destinate all'illegittimità dei poteri deregolamentati e, in questo contrasto, anche la legittimità della subordinazione di questi al diritto, il cui riconoscimento come diritto valido deriva unicamente dalla sua influenza alle scelte costituzionali, le quali stabiliscono, oltre alle *forme della sua produzione*, i *contenuti da produrre*<sup>467</sup>.

Ciò rappresenta, da una parte, l'espansione del carattere normativo del diritto, sia nel suo rapporto con la politica – democrazia politica –, sia nel suo rapporto con l'economia – democrazia civile –; dall'altra, senza dubbio, qualifica soprattutto la propria emancipazione e l'autonomia del diritto da qualsiasi *volontà maggioritaria* come pure da qualsiasi *determinazione economica*.

Nello Stato Costituzionale, in virtù del rigido carattere delle costituzioni, il diritto, e non poteva essere altrimenti anche lo stato, sono considerati strumenti idonei e diretti a scopi specifici, cioè, a garanzia dei diritti fondamentali, la cui protezione sfugge da qualsiasi sottomissione alle *volontà maggioritarie* o alle *autodeterminazioni economiche*, senza smettere, tuttavia, di garantirle.

Tale affermazione deriva da una riformulazione paradigmatica, proposta a causa del fallimento democratico di un preteso *Stato di Diritto*, dove lo stato determinerebbe i diritti alla manutenzione e allo sviluppo di un suo stesso ordine come bene supremo, dove tutto ciò che accade dinanzi al *legittimo sguardo democratico e costituzionale sarebbe veramente democratico e costituzionale*<sup>468</sup>; inoltre per il rifiuto di quella motivazione radicale spinta dalla legittimazione ideologica di uno *Stato senza Diritto*, in cui i poteri socialisti basati sulla convinzione di un

---

<sup>466</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo.*, op. cit., p.86.

<sup>467</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 304.

<sup>468</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 933.

buon potere, negando in questo modo tutte le configurazioni politico-istituzionali fino a questo punto create, andrebbero verso l'autodistruzione dello stesso Stato<sup>469</sup>.

Tutte e due le filosofie politiche sopra richiamate erano dotate della stessa caratteristica: quando raggiungevano il potere – pertanto qui si parla sia di un *liberalismo conservatore e statalista*, e non di quello *illuminista e riformatore*; ma anche di un *socialismo reale* e non del *marxismo teorico*<sup>470</sup> – lasciavano da parte le loro proposte riformatrici esterne, ancorate al piano normativo sia politico che giuridico, ma comunque erano spinti verso gli interessi vitali delle persone, per prevenire in modo totalitario le loro stesse basi ideologiche.

La fondatezza democratica garantista, al contrario, trova la propria essenza nell'idea dello *Stato per i Diritti*<sup>471</sup>, dove lo spazio di quei diritti intesi come vitali assume la connotazione essenziale dello Stato, il cui legame alla sovranità popolare si stabilisce secondo il modello in cui tutti gli uomini ne sono gli unici titolari. Tutto questo finisce per sottoscrivere e dirigere la democrazia, sostanzialmente contro restaurazioni e repressioni che abbiamo la tendenza alla strumentalizzazione e/o sovversione dell'insieme di garanzie costituzionali che sono destinate alla protezione dell'uguaglianza<sup>472</sup> di tutti nei diritti – fondamentali – e alla massimizzazione dello sviluppo autonomo di tutti i cittadini<sup>473</sup>.

In altre parole, la democrazia trova nella rigida natura delle costituzioni contemporanee, la cui esistenza è data, specialmente, dall'uguale titolarità di tutti rispetto ai diritti fondamentali – individuali e sociali –, la sua fonte di legittimità sostanziale che determina: “*ciò che non può*”, ossia i limiti, in funzione alla sua

---

<sup>469</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 933-4.

<sup>470</sup> Dal punto di vista interno e storico di questo processo vedi: HOBBSAWM, Eric. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., p. 121 e seg.

<sup>471</sup> BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

<sup>472</sup> Vedi, soprattutto, rispetto al principio dell'uguaglianza nelle costituzioni democratiche del novecento: FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 123 e seg. Sul rapporto libertà/uguaglianza vedere, dal punto di vista contemporaneo, DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, em especial, capítulo 6, p. 331 e seg.

<sup>473</sup> RODOTA', Stefano. *Libertà e diritti in Italia. Dall'Unità ai giorni nostri*. Donzelli Editore: Roma, 1997, p. 13 e seg.

*legittimazione sostanziale negativa*; “ciò che non può non”, ossia i vincoli a causa della sua *legittimazione sostanziale positiva*, ai contenuti di tutta la produzione giuridica<sup>474</sup>.

Per questo la democrazia sostanziale assume, come la *ragione sociale* dello stato e del diritto, dei pretesi fini che ne giustificano le produzioni artificiali, come la *garanzia dei diritti fondamentali primari di libertà e dei diritti sociali*<sup>475</sup>, il carattere normativo e di proiezione, e non solo descrittivo, ma anche interno, e non più esterno, di tutto il sistema giuridico dal quale è legittimato.

Ciò vuol dire che, vista l'istituzionalizzazione giuridica costituzionale di quei presupposti filosofico-politici eretti dalla tradizione utilitarista – al contrario delle dottrine in cui lo Stato e il diritto erano considerati come beni o valori intrinseci, il cui esempio può essere identificato nella nota idea hegeliana dello *stato-etico*<sup>476</sup> –, la democrazia sostanziale assume il ruolo legittimatore all'interno del sistema giuridico, giudando la giustificazione dello Stato e del diritto verso fini che mirino, unicamente, alla soddisfazione degli interessi vitali di tutti i cittadini<sup>477</sup>.

Il patto istituzionale che regge il paradigma dello Stato Costituzionale si mostra destinato, a causa della stessa legittimazione sostanziale, ad essere la *garanzia dei diritti fondamentali*. Pertanto, è il carattere sostantivo del verbo garantire che lo rende responsabile non solo di evidenziare i rapporti stabiliti dal riconoscimento formale dei diritti, ma soprattutto, di promuovere le condizioni materiali necessarie per la sua realizzazione e attuazione<sup>478</sup>.

E questa è la complessa questione che viene a galla dinanzi a tale paradigma, soprattutto perché apre un precedente a un altro aspetto, che ha a che fare con la realizzazione della fonte della legittimazione della democrazia sostanziale, cioè, riguardo all'effettività dei diritti primari – i cosiddetti diritti di

---

<sup>474</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 25.

<sup>475</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 934.

<sup>476</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 216 e seg.

<sup>477</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 924.

<sup>478</sup> RODOT`A, Stefano. *Libertà e diritti in Itàlia...*, op. cit., p. 9.

libertà e diritti sociali –, che sono quei *principi assiologici*<sup>479</sup>, concepiti come valori e obiettivi della stessa democrazia costituzionale, la cui realizzazione è dovere dello Stato e ha irrinunciabilmente bisogno di un elevato grado di attuazione da parte della sfera pubblica – *sistema di limiti e insieme di garanzie dirette all'interesse di tutti*<sup>480</sup> – perché possano essere create *istituzioni di garanzie*<sup>481</sup> adatte a questa realizzazione.

Pertanto, la ricerca del rafforzamento della sfera pubblica – per quanto riguarda le sue istituzioni di garanzie – è di fondamentale importanza per la riduzione del deficit della delegittimazione del sistema giuridico nella sua globalità, nella misura in cui il *grado di garantismo* è dipendente dal grado di effettività raggiunto, attraverso le politiche legislative e della giurisdizione costituzionale, nella tutela dei diritti fondamentali primari, e dunque, rispetto alla *protezione dei diritti della libertà e all'adempimento dei diritti sociali*<sup>482</sup>.

Il rapporto appena descritto tra la legittimità e l'effettività, dove la sfera pubblica assume il centro del sistema istituzionale, è tuttavia consentito, in modo esclusivo, dalla dimensione sostanziale della democrazia costituzionale che la stabilisce come *regime giuridico*<sup>483</sup> e che configura il *garantismo* come teoria e tecnica idonea a questo regime perché siano fissate: la *legittimazione* – dei diversi tipi di potere – e la *trasformazione* – dei principi e delle promesse della stessa democrazia costituzionale.

In questo senso, la democrazia costituzionale costruita come regime giuridico, a causa dell'intrinseca sostanza democratica che l'appoggia, non ammette in nessun modo, un'autolegittimazione o una legittimazione a priori e/o totale dei propri presupposti, ma concepisce questa legittimazione solo con l'applicazione dei diritti vitali di tutti, ossia, attraverso una legittimazione successiva che dipende inevitabilmente da un determinato grado di influenza della sfera pubblica come meccanismo idoneo per proteggere e per soddisfare i

---

<sup>479</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 307.*

<sup>480</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 805.*

<sup>481</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 875.*

<sup>482</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 306*

<sup>483</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 306.*

diritti fondamentali, ma anche per criticare e delegittimare qualsiasi tipo di potere che si dimostri incompatibile con le basi dello Stato di Diritto.

In altre parole, una democrazia in questi termini e in questo grado, ha un ruolo apparentemente paradossale, legittimante e delegittimante, poiché come regime giuridico è impraticabile in assoluto, nella misura in cui si stabilisce per l'incessante ricerca di legittimazione, che è data dall'effettivazione dei diritti fondamentali: il che, da un lato, non permette un'autolegittimazione *a priori*, ma che le consente, proprio in virtù di quella successiva legittimazione, quest'incessante tentativo di effettuazione, l'attuazione come mezzo affidabile alla delegittimazione di qualsiasi tipo di potere a essa contraria.

Nonostante tutto ciò la difficile trama che comprende la garanzia dei diritti fondamentali primari – liberali e sociali –, deve prendere in considerazione quel contesto che supera il dinamismo dell'enunciato normativo e che è vincolato, perciò, a un'incessante ricerca, una lotta continua<sup>484</sup>, senza pause o distrazioni, della realizzazione imperfetta, data dalla *dipendenza fisiologica* esistente dal rapporto con la sfera pubblica; ma questo è anche frutto del suo espressivo ed espansivo carattere democratico, sempre parziale e imperfetto, *condizionato dal grado di maturità democratica delle istituzioni e dei soggetti sociali rispetto alla loro capacità di controllo sui poteri, siano essi pubblici o privati*<sup>485</sup>.

Così, la democrazia sostanziale serve come qualificazione e come limitazione della democrazia formale, nel senso che delegittima qualsiasi possibilità di irruzione nella basi dello stesso sistema democratico, stipulando limiti e vincoli a qualsiasi sfera di potere. La legittimità sostanziale della democrazia non permette, a causa del suo scopo esterno, non proprio, che si superi il principio della legalità, in senso stretto, in nome di una supposta legittimità politica che determini una specie di valore legale, semplicemente a causa della sua *forma*<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup> RODOTA', Stefano. *Libertà e diritti in Italia...*, op. cit., p. 8. Sulla lotta per il diritto vedi la celebre opera di IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito...*, op. cit.

<sup>485</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 935.

<sup>486</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 924.

Anzi, sono proprio queste illimitate legittimazioni politiche che, alla ricerca di perturbanti *interessi sociali generali*, o per presunte *personificazioni sociali*, mirano a giustificare - e giustificano - la rottura delle garanzie all'uguale protezione delle differenti identità e alla tendente ricerca della realizzazione dell'uguaglianza sostanziale di tutti.

In questa direzione la democrazia sostanziale istituisce divieti e obblighi, che si fissano nella ricerca della diminuzione del grado di arbitrarietà di tutti i poteri, per soddisfare i diritti di libertà e dei diritti sociali, il cui rapporto tra i due è, molto più che di rifiuto, di rafforzamento, non solo estensibile, ma dal quale dipendono ancora i diritti secondari, quelli detti politici e civili.

Del paradigma garantista, pertanto, si può dire che esiste un nuovo significato di quello che fu allora, in modo pionieristico, dichiarato da *Bentham* da un punto di vista filosofico-politico - *principia iuris tantum* - come principio precursore del liberalismo sociale, in cui il fine del diritto sarebbe *divulgare la felicità al maggior numero di persone*; oggi tale affermazione può essere rivisitata nella vasta e complessa opera di *Ferrajoli*, da un punto di vista interno del diritto - *principia iuris et in iure* - principio che proietta la democrazia costituzionale, più precisamente la sua dimensione sostanziale - che è *la democrazia formale, in forza della sua costituzione, ha come ragione sociale la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali*<sup>487</sup> - nell'amalgama di quei diritti considerati fondamentali dalle carte costituzionali del secondo dopoguerra.

Per questo si discuterà sui contenuti della democrazia sostanziale, cioè, la cosiddetta ragione sociale dello Stato e del diritto che si identifica nella *democrazia liberale* - come un sistema di garanzie prevalentemente negative -; e nella *democrazia sociale* - come un sistema di garanzie prevalentemente positive -. Ambedue complementari e connesse, la cui complementarietà e connessione si mostrano vitali all'ampiezza del progetto di democrazia costituzionale, dove l'intersezione di uno Stato liberale minimo e di uno Stato sociale massimo

---

<sup>487</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 934.*

permettono, ripetutamente, il rafforzamento di un *liberalismo sociale* e di un *socialismo liberale*<sup>488</sup>.

### 2.2.1 La democrazia liberale: *quello che non è permesso decidere*

La possibilità non solo di approssimazione, ma specialmente, di rafforzamento reciproco, proveniente dal rapporto dei due sostrati più importanti della storia giuridico-politica moderna – *liberalismo e democrazia* –, ha finito per provocare una rottura del paradigma costruita durante gli ultimi tre secoli e fondare, così, il riferimento che ha stabilito quello che si può chiamare la *rivoluzione giuridica contemporanea*.

Questa *rivoluzione giuridica contemporanea* si concretizza, non solo per l'avvento dello Stato Costituzionale e Democratico di Diritto come valore istituzionale, frutto determinante del patto interstatale del secondo dopoguerra, ma soprattutto, a causa dell'apertura epistemologica creata da questo avvento, più specificamente per quanto riguarda l'attribuzione di *forza normativa alle costituzioni*<sup>489</sup> di quel periodo storico, che ha messo in mostra l'inammissibilità dei poteri non controllati e che, di conseguenza, ha ristrutturato il ruolo del diritto, ridimensionando completamente il rapporto *democrazia/liberalismo* e permettendo, anche, una concezione giuridica e rafforzata della prima.

L'attribuzione del significato fornita nella premessa eretta dalla *rivoluzione politica moderna* all'idea di libertà, con fulcro nel pensiero politico inglese del XVII secolo, ha aperto il precedente iniziale per la costruzione e per la proroga dell'antagonismo che, da allora, in un determinato grado, ha percorso il rapporto delle espressioni *liberalismo e democrazia*<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 307.

<sup>489</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

<sup>490</sup> MACPHERSON, C. B., op. cit., p. 1-4. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli Editore, 2006.

In altre parole, le vie per l'interpretazione del liberalismo sono state condotte e influenzate dall'uso del termine *individualismo possessivo*<sup>491</sup>, sia nella filosofia politica di Hobbes<sup>492</sup>, sia in quella di Locke che, assumendo il punto centrale all'interno della teoria politica moderna, ha finito per complicare e persino non consentire lo sviluppo armonico delle proposte fatte dal liberalismo con quelle sorte da un concetto di democrazia con uguale partecipazione da parte di tutti nei poteri.

In questo senso, se da un lato il liberalismo ha ampiamente rappresentato l'espansione delle nascenti concezioni illuministe, che hanno reso vuote le idee del diritto naturale cristiano, rotto con l'idea di costrizioni/prescrizioni ideologiche o religiose, secolarizzato e laicizzato il diritto, salvaguardato il contratto sociale e, pertanto, hanno proiettato il loro fine esterno, ossia, lo sviluppo della libertà individuale e del progresso sociale; d'altro canto, i diritti individuali di libertà, a causa del cammino aperto in favore della *libertà* e del *progresso*<sup>493</sup>-, frutto del concetto dell'individuo come essere libero e razionale, riconosciuto nella sua libertà fondamentale di essere proprietario di sé stesso e dei suoi beni e, suoi quali, avere pieno potere – non solo hanno rappresentato la protezione inviolabile della persona e di quei beni di cui era proprietaria, ma soprattutto, si sono dimostrati uno scudo assoluto e incondizionato al loro esercizio, finendo più tardi per promuovere, alle spese di una trasmutazione di questo stesso ideale illuminista, lo sviluppo di un potere illimitato, il potere del capitale<sup>494</sup>, che è diventato un mezzo efficiente del dominio e della manipolazione.

---

<sup>491</sup> Sul termine vedere: ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. 3. ed. aggiornata e ampliata. Torino: UTET Libreria, 2008, p. 577-8; BOBBIO, Norberto; et. al., *Dicionário de Política...*, op. cit., vol I. p. 272 ss.

<sup>492</sup> MACPHERSON, C. B., op. cit., p. 263 e seg. Sulla non caratterizzazione del pensiero di Hobbes nei termini di *individualismo possessivo* vedere: THOMAS, Keith. The social origins of Thomas Hobbes's political thought. In: BROWN, C. K. (org.). *Hobbes studies*. Oxford: Basil Blackwell, 1965. Anche la ponderata visione di RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004. Ancora la posizione di Strauss parlando della difficoltà di un'analisi precisa in virtù di un periodo di transizione come avvenne all'epoca di Hobbes, vedere: STRAUSS, Leo. *The political Philosophy of Hobbes. Its basis and its genesis*. Chicago: University Press, 1976

<sup>493</sup> HOBSBAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., p. 3.

<sup>494</sup> HOBSBAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., p. 3.

Così la teoria liberale – nonostante le immemorabili battaglie dello spirito della luce perché fossero stabilite le garanzie pubbliche all'integrità individuale d'immunità e di facoltà dinanzi al potere politico – nell'apice delle sue conquiste, espandendosi con l'intrinseca idea di individualismo possessivo, ha finito per aumentare la preoccupazione ideologica con la difesa dell'accumulo dei beni e, perciò, per dirigere i propri presupposti a fini ampiamente economici, con l'appoggio di quella rivoluzione politica iniziale che ora, in qualche livello, con il *trionfo della borghesia*<sup>495</sup>, cominciava a caratterizzarsi come una *rivoluzione economica*.

La teoria liberale si stabilì come quella che presupponeva una forte comprensione soggiacente alla limitazione del potere, la cui evoluzione derivò dall'adeguamento del termine *democrazia* alle proposte rivoluzionarie di libertà e di uguaglianza. In questo senso, qualificare la democrazia come *rappresentativa* – la cosiddetta democrazia dei moderni<sup>496</sup> – significava stabilire un mezzo coerente alla teoria politica liberale per garantire i diritti individuali di libertà, limitare/separare il potere sovrano<sup>497</sup> e, con ciò, estendere, legittimare e qualificare la capacità politica dei cittadini all'esercizio del voto.

Apparve sempre più nitida la sensazione che il liberalismo cercava una maggior garanzia dell'integrità personale e patrimoniale nella democrazia. L'insicurezza giuridica prodotta dai poteri *legibus solutus* del monarca, che avevano un effetto diretto sulle libertà e, ovviamente, sulle proprietà individuali, sembrava essersi esaurita nell'idea di una forma di governo adatta a limitare il potere e, così, a garantire i diritti conquistati dalle lotte politiche liberali<sup>498</sup>. E non solo questo, il liberalismo identificò nella democrazia moderna il suo nucleo essenziale, ossia, l'individualismo, anche se diverso da quello *possessivo*, poiché

---

<sup>495</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., stabilisce il periodo di tempo di questa fase del liberalismo tra gli anni 1848-1875.

<sup>496</sup> Tale discussione nasce dal saggio di CONSTANT, Benjamin. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*. Macerata: Liberilibri, 2001. Portata avanti da: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p. 49 e seg. Idem. *Teoria generale della politica...*, op. cit., p. 323 e seg. BOVERO, Michelangelo. *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 18 e seg. SARTORI, Giovanni. *Democrazia cosa è*. 2.ed. Milano: RCS, 2007, p. 141 e seg.

<sup>497</sup> MONTESQUIEU,

<sup>498</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 2009, p.224.

permetteva come fine ideale la ricostruzione sociale, non organica, per la produzione di un potere comune che appariva come un prodotto di un accordo tra individui liberi, limitati e, in questo modo, non tirannico<sup>499</sup>.

Tuttavia quest'idea di democrazia rappresentativa che si è delineata come un meccanismo diretto al perfezionamento delle garanzie delle istituzioni liberali<sup>500</sup>, con il passare del tempo, malgrado la sua espansione formale caratterizzata dall'estensione del suffragio, verso la metà del XIX secolo, ha sofferto critiche derivanti dall'oppressione economica creata dallo stesso liberalismo, che ha causato l'allontanamento dei poli prima politicamente vincolati, ma ora contrapposti ideologicamente, socialmente ed economicamente.

Con la crescente espansione della società in classi, provocata dall'esaltazione dell'individualismo possessivo all'interno della corrente liberale, che a sua volta ha accentuato l'idea di liberalismo economico, la democrazia moderna è stata messa alla prova dagli estremi: mentre nello sviluppo delle direzioni *democratiche radicali*, la democrazia non si presentava come veramente democratica, poiché era necessaria una più ampia *democratizzazione dei regimi liberali*<sup>501</sup>, fondata su un altro concetto di libertà, *più nobile*, verso l'autonomia della stessa condotta dell'individuo, come pure su un altro concetto di uguaglianza, *più egualitario*, dovuta alla necessità di uguaglianza economica, imperniato sulla riformulazione dell'idea di proprietà, secondo la tesi *più stato più libertà*; nella concezione dei *liberali conservatori*, anche se considerata sempre più pericolosa<sup>502</sup>, la democrazia era vista come un sintomo necessario se - e soltanto se - subordinata alle nuove aspirazioni politiche ed economiche del primo liberalismo, enfatizzato e reso vivo dalle motivazioni dell'individualismo possessivo, che

---

<sup>499</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p. 61.

<sup>500</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica...*, op. cit., p. 232 e seg.

<sup>501</sup> Idem., *Ibidem.*, p.219.

<sup>502</sup> Si ricorda qui quanto detto da Tocqueville nella Camera dei deputati francesi: *stiamo dormendo su un vulcano(...). Non vedete che la terra ha ripreso a tremare? Soffia un vento di rivoluzione, la tempesta cova all'orizzonte.* Vedere: HOBBSAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., p. 11.

presupponeva una più ampia liberalizzazione dei regimi democratici<sup>503</sup>, secondo la tesi *più libertà meno stato*.

Nel binomio liberalismo/democrazia, pertanto, è stato possibile trovare sia un rapporto necessario, passando attraverso un rapporto compatibile, fino ad arrivare ad uno antitetico<sup>504</sup>, in cui le divergenze si trovavano elencati nella concezione dei termini di libertà e uguaglianza, potenziati dalle accuse al liberalismo di aver perso il proprio significato politico e di essere diventato la teoria economica della classe borghese, la cui ascensione al potere avvenne con l'aiuto delle fasce popolari, ma che ora si mostrata indifferente allo sviluppo sociale di queste ultime.

Secondo i *liberali conservatori*, infatti, la democrazia serviva a garantire i diritti di libertà e non ad interferire nella sfera privata degli individui, a controllare il potere statale rispetto a questa interferenza attraverso una composizione governativa che arrivasse al potere attraverso il voto, contingentemente ristretto; per altri, i *democratici radicali*, la democrazia sarebbe una vera democrazia solo quando conquistasse la sfera pubblica e raggiungesse la sua piena realizzazione nello Stato Sociale, la cui preoccupazione rispetto al potere era molto più legata all'aspetto della sua distribuzione alle istituzioni di autogoverno, rispetto a qualsiasi limitazione per lo sviluppo dell'individuo atomico nella sfera privata<sup>505</sup>.

Se il problema del liberalismo fu quello di incorrere nell'errore teorico, ma anche pratico - provocato dalle concezioni ideologiche<sup>506</sup> e religiose<sup>507</sup> di non imporre limiti all'ambito della libertà di negoziazione dell'individuo<sup>508</sup>, trattandosi della sfera della libertà privata e, per questo, di non essere considerata

---

<sup>503</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica.*, op. cit., p.220.

<sup>504</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p. 69.

<sup>505</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p. 69-70.

<sup>506</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von. *Idee per un "Saggio sui limiti dell'azione dello stato"*. Bologna: Mulino, 1961, p 60 e seg. KANT, Immanuel., op. cit., p. 29 e seg. SMITH, Adam. *La ricchezza...*, op. cit., p. 262 e seg.

<sup>507</sup> WEBER, Max. *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*. Roma: Donzelli Editore, 2007, p. 258 e seg.

<sup>508</sup> Nella teoria garantista questa libertà negoziale viene chiamata autonomia privata e si trova al di fuori delle caratteristiche date al diritto di libertà sotto l'egida della democrazia costituzionale, nel senso che è sottomessa a *limiti e vincoli*. Vedi: item *Democrazia civile* sopra.

come un *potere*, la cui assenza di limiti – come qualsiasi altro potere – la innalzerebbe a sfera di una *potestà* selvaggia e assoluta; è pur vero, anche, che i problemi dei tentativi radicali di democratizzazione, nella ricerca di una pretesa uguaglianza economica, finirono per ridisegnare e intensificare l'azione del potere pubblico nell'ambito della sfera privata, rompendo con l'idea di libertà come non costrizione e, persino, in alcune ipotesi con l'idea di democrazia, in cui i limiti dello stato sarebbero lasciati da parte in nome di una necessaria *trasformazione socialista*<sup>509</sup>, ossia, in nome di una promessa di libertà come vera libertà, ossia piena, *maggiore*.

L'ideale incondizionato del liberalismo nel mercato – provocato dalla concezione dell'individualismo possessivo, che in qualche grado gli è sempre stato soggiacente – ha aperto un precedente all'idea secondo la quale i problemi sociali e politici della società moderna sarebbero risolti dall'economia – libera da qualsiasi interferenza pubblica –, causando, in questo modo, la rottura delle stesse basi della teoria dello Stato Liberale, intesa come teoria dello Stato minimo, eretta soprattutto dalle lotte sociali per imposizione di limiti a potere; allo stesso modo, l'egualitarismo rivendicato dai democratici radicali ha finito per imporre la concezione secondo la quale la politica risolverebbe il problema economico, lasciando, tuttavia, al potere politico limiti incondizionati, legittimati dalla fallacia della sovranità popolare come volontà collettiva e organica del popolo, in cui l'ideale di collaborazione attiva da parte di tutti i cittadini, che li portava all'autolimitazione, era l'unica manifestazione di libertà possibile<sup>510</sup>.

Nonostante questo complesso rapporto, che va dai presupposti del liberalismo a quelli formulati da una proposta socialista – intesa sin dall'allargamento dei concetti liberali fino alla sua totale rottura – dove in questo percorso si trovava, necessariamente, il tratto democratico, nella misura in cui la stessa idea di democrazia caricava con sé diverse composizioni dei termini *libertà*

---

<sup>509</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p. 93. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica.*, op. cit., p. 230 e seg. BOVERO, Michelangelo, *Contro Il governo dei peggiori...*, op. cit., p. 33-4.

<sup>510</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica.*, op. cit., p. 229.

e *uguaglianza*<sup>511</sup>, l'ampiezza della discussione ha potuto essere caratterizzata in un punto comune, cioè, nell'aspetto economico, parlando specificamente del liberalismo tonificato dall'individualismo possessivo, che si è accentuato con molta più veemenza dell'aspetto politico.

In questo modo, mentre il liberalismo si espandeva, la sua trasmutazione era inesorabile e andava gradatamente verso quella esacerbata infusione individualista possessiva - che esaltava il lato economico del liberalismo, il capitalismo<sup>512</sup> - all'interno della stessa filosofia liberale; la democrazia, in questo contesto, si strutturava come una specie di metodo adeguato all'efficacia dei desideri di una già formata oligarchia di classe, controllata e fissata secondo i modelli rappresentativi dell'era moderna, la cui *partecipazione del popolo*<sup>513</sup>, nucleo essenziale della democrazia come autonomia politica, basata sul *voto per decidere chi deciderà*<sup>514</sup>, era soltanto per quei individui economicamente liberi.

Considerando il voto limitato, la democrazia formale come metodo è stato il sistema organizzativo del potere più adatto, affidabile alla manutenzione della separazione tra la sfera *pubblica* e la sfera *privata*, dove il potere pubblico - soprattutto a causa dell'idea della limitazione del suffragio - non presenterebbe rischi allo sviluppo della sfera privata, il cui intuito si inquadra nella preservazione di quel valore originario promulgato dall'individualismo possessivo, cioè, *nella salvaguardia del rapporto naturale dei proprietari idonei e in grado di sviluppare le loro potenzialità*<sup>515</sup>.

Punto di sostegno della teoria politica liberale, pertanto, *l'individualismo possessivo* ha fatto in modo che la *concezione dell'individuo* fosse vincolata all'idea della proprietà - *della stessa persona e delle sue capacità*<sup>516</sup> - senza specificarne nessun ruolo soggiacente, morale o sociale, e che per questo la società

---

<sup>511</sup> BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*, op. cit., 1995, p. 3 e seg.

<sup>512</sup> Segundo HOBBSAWM, Eric J. *Il trionfo della borghesia...*, op. cit., p.3. Il termine capitalismo è coniato alla fine del 1840, ma il suo uso su larga scala non avviene prima del decennio che inizia nel 1860.

<sup>513</sup> L'universalità del suffragio avviene solo alla metà del XIX secolo, in Francia, dove la Costituzione del 1848 determinò agli articoli 24-26: *le suffrage est direct et universel*.

<sup>514</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica*, op. cit., p. 323.

<sup>515</sup> MACPHERSON, C. B., op. cit., p. 3.

<sup>516</sup> Vedere il punto *Democrazia civile*, sopra.

costituirebbe, fondamentalmente, il luogo propizio per il rapporto col mercato, cioè, l'ambiente nel quale gli individui liberi e uguali si relazionavano come proprietari di beni, delle loro capacità e di quello che acquisivano dall'esercizio di esse<sup>517</sup>.

Da questo punto di vista sorge la possibilità di ridiscutere la fragilità del rapporto tra liberalismo e democrazia.

In primo luogo, tale fragilità può trovarsi storicamente vincolata al *debole significato* con il quale è stato edificato lo *Stato Legislativo di Diritto*<sup>518</sup>, sotto l'aspetto di una *mera legittimità* in cui la democrazia, vista unicamente come procedimento, legittimava la capacità della forza politica di chi raggiungesse il potere pubblico, il quale, nonostante fosse fondato su uguali principi di diritto, in particolare ai limiti legati alla protezione dei diritti della libertà – soprattutto la libertà economica –, era considerato, agli occhi dei liberali conservatori, come un'ipotesi pericolosa, passibile anche di finire con la coesione interna dello Stato liberale, che si giustificava inevitabilmente alla subordinazione di tutti, ugualmente secondo essi, alle leggi di mercato<sup>519</sup>.

In secondo luogo, il concetto di libertà, in questa configurazione del liberalismo<sup>520</sup>, rimane condizionata dalla subordinazione alle leggi di mercato, nella misura in cui senza la libertà di mercato sarebbero state danneggiate la

---

<sup>517</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 305 e seg.

<sup>518</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 485 e seg. Idem., *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 29.

<sup>519</sup> MACPHERSON, C. B., op. cit., p. 271 e seg.

<sup>520</sup> HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume II. A miragem da justiça social*. São Paulo: visão, 1985, p. 136. HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad. Tomo primero*. Valencia: Fomento de cultura ediciones, 1961., la cui tesi sostiene che la società si mantiene forte per conto delle relazioni economiche. Vedere anche, DAHRENDORF, Ralf. *Per un nuovo liberalismo*. Roma-Bari: Laterza, 1988, p. V e seg. DAHRENDORF, Ralf. *O Liberalismo e a Europa: Entrevista com Vincenzo Ferrari*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 12 e seg. Sostiene l'inscindibilità del liberalismo basato sulla garanzia dei diritti civili con quelli tipicamente economici e spiega il liberalismo nelle sue forme pure e impure, sia per il primato degli specifici diritti economici, sia per il primato dei diritti civili, riconoscendo inoltre il lato democratico del liberalismo, che parte da una corrente che si può definire rousseauiana. Vedere anche, a propósito dei tipi di liberalismo: BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica.*, op. cit., p. 230 e seg. Idem., *Democrazia e liberalismo.*, op. cit., p. 59 e seg. Inoltre, per il cammino tracciato da Bobbio: BOVERO, Michelangelo, *Contro Il governo dei peggiori...*, op. cit., p. 85 e seg., che contrappone le posizioni di Dahrendorf e Hayek, sostenendo oltre alla scindibilità l'idea di contrarietà di ambedue i liberalismi.

coesione degli interessi e delle forze che permettevano e rendevano possibile la fattibilità dell'obbligo politico, e perciò la libertà di tutti, in tutti i suoi livelli - libertà civili ma anche politiche -, sarebbero compromesse.

Di questa concezione si può narrare che il diritto era suscettibile agli ideali politici ed economici di quelli che assumevano il potere statale attraverso la democrazia formale, il cui controllo di tale potere rispetto alle basi dello Stato era dato proprio dalla forza politico-ideologica, che in un determinato grado era anche economica, di quella concezione di teoria politica che eventualmente non si mantenesse o non raggiungesse la titolarità della rappresentazione del potere politico.

Si tratta sempre di una subordinazione ideologica, che nello stato liberale borghese avveniva a causa dei criteri inquadrati dall'individualismo possessivo del liberalismo conservatore, o dalla ricerca di una democrazia reale dei democratici radicali: gli uni, soggiogando i diritti di libertà come non impedimento e alzando il carattere assoluto della *legge della maggioranza*; gli altri enfatizzando che sotto la sfera delle libertà personali - primordialmente economiche -, la decisione politica non poteva intervenire. Era - come fu - pienamente possibile la creazione degli Stati decisamente non liberali e presumibilmente democratici, come pure Stati decisamente non democratici ma presumibilmente liberali<sup>521</sup> - universalismo e individualismo - che, da una parte all'altra, in nome della *piena libertà*, aprirono precedenti ai poteri senza controlli.

La proposta della democrazia liberale, o della liberaldemocrazia, in questo senso, non raggiungeva e non ha raggiunto uno sviluppo virtuoso, di rafforzamento reciproco in virtù dei suoi estremi individualizzati: sia dal punto di vista del pensiero dei liberali, sia da quello dei democratici. Anche la linea della democrazia liberale di sinistra<sup>522</sup>, che ha sostenuto la coniugazione delle quattro

---

<sup>521</sup> MANNI, Franco. Introduzione. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...*, op. cit., p.17, risalta che lo stesso *Partido Fascista Italiano* aveva delle dissidenze interne a sinistra e a destra. Mentre la sinistra non era d'accordo con il *liberalismo econômico*, la destra lo vedeva di buon occhio. Ambedue, ovviamente rifiutavano il *liberalismo politico*.

<sup>522</sup> Questa linea va, secondo BOVERO, Michelangelo, *Contro Il governo dei peggiori...*, op. cit., p. 105, da Kelsen a Bobbio. Vedere anche, BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica...*, op. cit., p. 304-5.

grandi libertà dei moderni - libertà personale, di opinione, di riunione, di associazione - con la libertà politica, la cui proposta è stata basata sul rapporto in cui la democrazia sarebbe impossibile senza i diritti di libertà, ma senza di essa, la democrazia, sarebbe improbabile la garanzia delle libertà stesse, non è riuscito a superare e mediare la dicotomia ideologica liberaldemocratica, nella misura in cui, nonostante reponsabile per la costruzione dell'apparente paradosso, ha sempre visto la democrazia come un procedimento per la presa di decisione e il liberalismo come un contrappeso ad essa necessario<sup>523</sup>.

La democrazia liberale dal punto di vista dello Stato Costituzionale, o Stato di Diritto nel senso forte<sup>524</sup>, cambia completamente il criterio, considerando la forza del carattere rigido e normativo delle costituzioni contemporanee, che eleva il diritto a un livello limitante e vincolante, sia nella sfera della decisione politica, sia nella sfera della decisione economica, subordinando, in questo modo, sia la legge di mercato, sia la legge della maggioranza.

È evidente che partire dal riconoscimento delle vesti date allo Stato Costituzionale dal paradigma garantista, più precisamente per l'assunzione della dimensione sostanziale della democrazia, la comprensione rispetto alla democrazia liberale cambia il significato e ristruttura il lessico nel quale si inquadra il diritto di libertà, cioè, si svincola sia dalla sfera dell'autodeterminazione politica pubblica, sia dalla sfera della non costrizione alla decisione economica privata e lo eleva, insieme ai diritti sociali, a un livello che delimita, sia la stessa autodeterminazione politica, sia la decisione economica<sup>525</sup>.

Ciò vuol dire che i diritti di libertà assumono una parte<sup>526</sup> della condizione di validità sia dei diritti dell'autonomia privata, sia dei diritti dell'autonomia politica, o meglio, di quelle moderne concezioni create dalle lotte politiche rispetto alla concettualizzazione della libertà<sup>527</sup>: la prima che si inquadra

---

<sup>523</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica*, op. cit., p. p. 304.

<sup>524</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia*, op. cit., p. 29.

<sup>525</sup> Idem., *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto*, op. cit., p. 752 e seg.

<sup>526</sup> L'altra parte è assunta dai diritti sociali, che saranno trattati al punto seguente.

<sup>527</sup> BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*, op. cit., p. 45 e seg.

nell'idea di *libertà negativa*<sup>528</sup>, come non costrizione, o libertà d'azione; la seconda come *libertà positiva*, come autoregolamentazione, o libertà di volere<sup>529</sup>.

Nel costituzionalismo democratico e rigido quello che permette questa distinzione è lo stesso cambiamento fenomenologico dell'idea del potere: che se, da un lato, stabilisce la non coercizione all'azione economica e l'autoregolamentazione politica come poteri per i quali viene fondato e azionato lo stesso sistema democratico; dall'altro, le vincola e le limita dall'idea di democrazia sostanziale, che nel segno specifico del nuovo lessico dato alla democrazia liberale, assume inoltre la *libertà dei liberali*<sup>530</sup> come democrazia, ossia, come democrazia costituzionale che limita la democrazia formale ed espande la garanzia dei diritti fondamentali di libertà come frammenti della sovranità<sup>531</sup>.

In altre parole si può dire che, dal punto di vista del paradigma giuridico garantista, il diritto fondamentale di libertà non può essere assunto come un diritto-potere, come un diritto strumentale, la cui caratteristica comprenda, oltre ai diritti fondamentali dell'autonomia civile, i diritti fondamentali che stabiliscono la democrazia formale; queste ultime due sono le norme di riconoscimento secondo le quali, rispettivamente, vengono fondate la sfera privata e la sfera pubblica nell'ambito dello Stato Costituzionale, sottomesse, questo sì, non ad esse stesse, ma ai diritti fondamentali di libertà come base della democrazia liberale e ai diritti fondamentali sociali come base della democrazia sociale, ambedue assorbiti come ragione sociale dello Stato di Diritto Contemporaneo<sup>532</sup>.

---

<sup>528</sup> È importante salientare che nel paradigma garantista l'idea di libertà negativa ha la specifica connotazione di libertà come immunità, o un'esclusiva aspettativa di non lesione - *libertà "da"*-, e non di qualsiasi azione privata, come fino a quel momento era costruito secondo il linguaggio filosofico-politico moderno. La libertà positiva, invece, secondo lo stesso paradigma, è, oltre a un'aspettativa di non lesione, una possibilità di facoltà - *libertà "di"*- privata, pertanto non corrisponde all'autodeterminazione politica, compresa secondo questi termini, anche dal linguaggio filosofico-politico moderno. Per questo sia la *libertà negativa*, sia la *libertà positiva*, nel garantismo, si riferiscono alle libertà fondamentali dell'individuo. In questo senso, non appartiene alla libertà negativa la sfera dell'autonomia negoziale, neppure appartiene alla libertà positiva la sfera dell'autonomia politica. Ambedue sono trattate come diritti-poteri secondari, subordinati ai diritti-fini primari di libertà e sociali. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto.*, op. cit., p. 157-61.

<sup>529</sup> Idem., *Ibidem.*, op. cit., cap. I.

<sup>530</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica.*, op. cit., p. 228.

<sup>531</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 42-3.

<sup>532</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 18.

Si osserva, così, che la concezione del termine *liberaldemocrazia* era sempre sotto costante tensione, formata a causa sia delle idee politiche in cui si riconosceva l'autodeterminazione democratica, come delle idee, ai primordi economiche in cui si accentuava la necessità di una non costrizione della sfera personale dell'individuo, ambedue necessarie all'espansione dello Stato Liberale.

Tuttavia, vista la simmetria raggiunta tra libertà e democrazia con l'avvento dello Stato Costituzionale, fu solamente a partire dello sviluppo di una *teoria giuridica della democrazia*<sup>533</sup> – all'interno delle prospettive attribuite al costituzionalismo rigido del secondo dopoguerra – che i termini che compongono la liberaldemocrazia hanno avuto piena fusione nella misura in cui liberalismo e democrazia assunsero, ambedue, le due facce della stessa medaglia, laddove si ritrovano i diritti fondamentali di libertà – intesi come leggi costituzionali e non come *silentium legis*<sup>534</sup> –, cioè, identificati come quella parte di sovranità popolare non rappresentata e non rappresentabile – che appartiene alla *sfera di quello che non può essere deciso* – in cui ogni individuo attua come titolare dei propri diritti, limitando sia la decisione economica della sfera privata, sia la decisione politica della sfera pubblica.

In questo modo, ciò che è opportuno far risaltare e riconoscere è che i contenuti della democrazia sostanziale sono legati definitivamente al sistema delle garanzie. Relativamente al contenuto liberale della democrazia costituzionale, quello che si può definire di *democrazia liberale*, ha a che fare con il ruolo fondamentale sul quale si stabilisce il garantismo giuridico, cioè, la garanzia d'immunità fondamentale di tutti gli individui.

---

<sup>533</sup> Qui si parla specificamente della teoria della democrazia costituzionale sviluppata in FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit. Si può dire che si avvicinano a questa visione, in alcuni livelli, i punti di vista sostanzialisti del diritto, come, per esempio: CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1988. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.*, op. cit. TRIBE, L. H. *American constitutional law.* New York: The foundation Press, 1988. No Brasil: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta.* Belo horizonte: Del Rey, 1993. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988.* 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito.* 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>534</sup> BOVERO, Michelangelo, *Contro Il governo dei peggiori...*, op. cit., p. 76.

Questa immunità fondamentale, chiamata *libertà "da"*, o libertà negativa, cioè, la garanzia di non invasione del diritto e del potere nella sfera intima delle persone<sup>535</sup>, corroborata dalla "*libertà di*", o libertà positiva, cioè, le garanzie delle facoltà fondamentali dell'individuo, consente allo Stato Costituzionale una gamma di contenuti che stabiliscono *quello che non è permesso decidere*<sup>536</sup>.

Pertanto, *per quanto riguarda quello che non è permesso decidere*, rispetto a quanto stabilito dal contenuto liberale della democrazia - nella misura in cui si intende per *democrazia liberale* all'interno del paradigma garantista dello Stato Costituzionale *la democrazia politica, che in forza della sua costituzione, ha come ragione sociale la garanzia dei diritti di libertà stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali*<sup>537</sup> - stanno i diritti fondamentali della libertà: le immunità fondamentali di coscienza, di religione, della vita, del proprio corpo, della propria privacy e dell'omissione degli atti discriminanti; le facoltà fondamentali come la libertà di libera manifestazione del pensiero<sup>538</sup> - di parola, d'informazione - di riunione, di associazione e la libertà di movimento.

Ciò non impedisce, tuttavia, che qualche diritto notoriamente considerato come *immunità fondamentale*, abbia un aspetto anche di *facoltà fondamentale*, come nel caso della libertà religiosa, intesa come libertà *dalla* religione - immunità - o libertà *di* religione - *facoltà*. In questo caso comporta solo la comprensione, che giammai un *diritto-immunità* primario può essere sottomesso a un *diritto-facoltà* primario. Inoltre, giammai un *diritto-facoltà* primario - e ovviamente un *diritto-immunità* primario - possono essere sottomessi a un *diritto-potere* secondario<sup>539</sup>.

In questo senso, per il completo sviluppo dei diritti primari di libertà è necessario evidenziare l'importanza, la complementarità e la convergenza che si stabilisce tra esse e i diritti primari sociali, o primari positivi, considerando che

---

<sup>535</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 314.*

<sup>536</sup> Idem., *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p.*

<sup>537</sup> Idem., *Principia Iuris... 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 935.*

<sup>538</sup> Non si può confondere la libertà di manifestazione di pensiero, o più specificamente, la libertà d'informazione, che è un diritto di libertà attivo, pertanto primario, con quei diritti dell'iniziativa economica che sono poteri il cui esercizio raggiunge la proprietà e la disponibilità dei mezzi d'informazione. Idem., *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 338.*

<sup>539</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris..., 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 757.*

nessuno è libero senza le condizioni materiali minime di sopravvivenza: alla previdenza sociale, al lavoro, alla salute, all'istruzione.

Vita e sopravvivenza; libertà facoltative fondamentali e minimi vitali; garanzie dei diritti di libertà e garanzia dei diritti sociali; democrazia liberale e democrazia sociale, infine, caratterizzano *la ragione sociale dello stato costituzionale*. Fondano *la dimensione nomostatica* della democrazia e assumono come presupposto gli interessi e le necessità vitali di tutti. Cioè, sorgono come il corollario della concezione utilitarista e contrattualista dello Stato, inteso come strumento di garanzia della pace e dei diritti fondamentali, *in opposizione alle concezioni puramente formali, che concepiscono il diritto e lo stato come valori inerenti e come enti fini a sé stessi*<sup>540</sup>.

### 2.2.2 La democrazia sociale: *quello che non è permesso non decidere*

La democrazia sociale assume, infine, la quarta e ultima dimensione della democrazia costituzionale. Essa, insieme alla democrazia liberale, forma come detto, la ragione sociale dello Stato di Diritto, la sua completa proposta di materializzazione. Ciò significa che la democrazia sociale è uno sviluppo, un'espansione, non solo storica, ma giuridico-teorica della stessa idea di democrazia liberale, strutturata sugli stessi prismi dottrinali, cioè, come democrazia sostanziale, comprendendo però determinate difese delle condizioni materiali della sopravvivenza umana, necessarie all'ampia garanzia della dignità dell'uomo, identificata come base dell'*éthos*<sup>541</sup>, della ragione di esistere dello Stato Costituzionale contemporaneo determinato già nel preambolo<sup>542</sup> della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948*<sup>543</sup>.

---

<sup>540</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 18.

<sup>541</sup> BENDA, Ernst. *La salvaguarda de la dignidad humana (artículo 1 de la ley fundamental)*. In: SEGADO, Francisco Fernández (editor). Madrid: Dykinson, 2003. HASSEMER, Winfried. Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana. In: *Ars Interpretandi: Anuario di Hermenêutica Giuridica*. Padova: Cedam. n. 10/2005. COPETTI NETO, Alfredo. *Aportes filosóficos à compreensão do princípio da dignidade humana: os (des)caminhos do direito constitucional*. Dissertazione (master) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

<sup>542</sup>La Dichiarazione Universale dei Diritti Humani  
Adottata e proclamata dalla risoluzione 217 A (III)

Da ciò, alla base della democrazia sociale garantista si trovano, ovviamente, i diritti sociali<sup>544</sup>, i cosiddetti diritti fondamentali primari positivi, poiché vincolati *all'aspettativa di prestazione* da parte del potere statale<sup>545</sup> o, per meglio dire, vincolandolo quello che al potere pubblico *non è consentito di non decidere*.

In questo senso, si può dire che all'inizio della formazione della democrazia sociale<sup>546</sup> come responsabile della prestazione dei diritti sociali da parte dello Stato ha il proprio corollario fondamentale nella *Costituzione di Weimar del 1919*<sup>547 548</sup>, in cui il combinato disposto degli articoli compresi tra il 151 e il 165

---

dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 ha nel suo preambolo: Considerando che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i componenti della famiglia umana e dei suoi inalienabili diritti è la base della libertà, della giustizia e della pace nel mondo (...), Considerando essenziale che i diritti umani siano protetti dagli Stati di Diritto(...), Considerando che i popoli delle Nazioni Unite riaffermarono, in questa Carta, la propria fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona e nell'uguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne, e che decisero di promuovere il progresso sociale e migliori condizioni di vita in una libertà più ampia (...), Considerando che una comprensione comune di questi diritti e libertà è della più grande importanza per il pieno rispetto di quest'impegno. Disponibile su: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

<sup>543</sup> I movimenti costituzionali del secondo dopoguerra hanno nel riconoscimento esplicito della dignità umana come fondamento dell'ordine statale il proprio tratto comune. Salvo alcune eccezioni - come nel caso della Costituzione messicana del 1917 (implicita), della Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919, della Costituzione portoghese del 1933 e della Costituzione dell'Irlanda del 1937 - il riferimento alla protezione della dignità umana nasce sostanzialmente dalla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948, quando della Carta dell'Organizzazione delle Nazioni Unite si determinò la preminenza del rispetto alla persona come punto fondamentale, nell'insediamento di qualsiasi potere, ufficiale o no. Vedere, pertanto, COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 222-31; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006, p.61 e segs; HÄBERLE, Peter. *A Dignidade Humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.89-152; specificamente sul *neocostitucionalismo* ver: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>544</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 392*. Vedere la posizione del Brasile rispetto ai diritti sociali in: MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1996, em específico capítulo II, p. 87 e seg.

<sup>545</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris..., 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 644*.

<sup>546</sup> Si intende che la Costituzione di Weimar è il marchio iniziale di un tentativo di conciliazione tra lo stato sociale e il disegno costituzionale, rappresentati oltre una mera tendenza paternalista di concessione dei diritti sociali da parte del potere esecutivo. Su questa necessaria conciliazione, anche se non riferito all'esempio di Weimar, vedere: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris... 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 395*.

<sup>547</sup> Progettata da *Hugo Preuss*, la Costituzione di Weimar marca simbolicamente l'idea di *Stato della democrazia sociale* - già anteriormente abbozzato dalla Costituzione messicana del 1917 -, dato che complementa i diritti civili e politici con i diritti economici e sociali, ossia, aggiunge ai diritti e doveri fondamentali, oltre alle classiche libertà individuali, i nuovi diritti di carattere sociale, che

determinavano i dettagli della *vita economica* della Repubblica in sintonia coi diritti fondamentali, tutti dimensionati nella seconda parte della costituzione<sup>549</sup>.

L'ottica dei democratici sociali ha messo in luce un duplice aspetto: da una parte il vincolo di tutta l'ampiezza della costituzione verso la decisione politica pubblica, che era retta dalla forza della classe lavoratrice che, attraverso la democrazia ha raggiunto il parlamento e ha promosso le riforme per il controllo della sfera pubblica dell'economia<sup>550</sup>; dall'altro, necessariamente a causa di questo primo aspetto, è stata riconosciuta la realizzazione delle funzioni che lo Stato doveva realizzare, tanto che hanno discusso l'idea di costituzione economica come un sistema normativo<sup>551</sup>, interpretando la libertà economica come una libertà giuridica, sottoposta alla legge dello Stato<sup>552</sup>.

La ricerca era imperniata *nell'estendere la democrazia politica alla democrazia economica*, la cui fondatezza aveva come meta elevare il lavoratore, oltre che cittadino dello Stato, alla sfera di *cittadino dell'economia (wirtschaftsbürger)* per intermediazione pubblica e, in questo modo, consolidare il socialismo democratico.

---

provocarono una differente attitudine dello Stato rispetto alla società, non più astensionista, ma con una tendenza positiva, mirando alla realizzazione di politiche pubbliche con l'intuito di eliminare le disuguaglianze e, soprattutto, proteggere le differenze. Vedere: COMPARATO, *A afirmação histórica...*, op. cit. p. 185-92. Una sintesi della storia della Costituzione di Weimar, nella letteratura brasiliana si trova in: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. Vedere sull'ascesa e la caduta di Weimar: RICHARD, Lionel. *A republica de Weimar (1919-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras. Circulo do livro, 1988. Sulla sconfitta finale e le conseguenze di Weimar vedere: BEAUD, Oliver. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement Du nazisme*. Paris: Descartes, 1997.

<sup>548</sup> Non si può trascurare il ruolo fondamentale che ebbe la *Costituzione Messicana del 1917*, nella misura in cui - di carattere *anarcosindacalista*, capeggiata da Ricardo Flores (*Regeneración*) -, storicamente, fu la prima a dichiarare la dimensione sociale dei diritti umani, elevando il carattere fondamentale, insieme alle libertà individuali, i diritti dei lavoratori. In questo modo, la nuova Costituzione Messicana è riconosciuta, in particolare, per la demercificazione del lavoro. Vedere: COMPARATO, Fabio Konder *A afirmação histórica...*, op. cit., p. 173-78.

<sup>549</sup> In questo senso vedere: GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti...*, op. cit., p. 77 e seg.

<sup>550</sup> HILFERDING, Rudolf. *Finance Capital. A study of the latest of capitalist development*. London - New York: Routledge, 2006, p. 370. BOTTOMORE, Tom. Introduction to the translation. In: HILFERDING, Rudolf. *Finance Capital...*, op. cit., p. 1-17.

<sup>551</sup> NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico...*, op. cit., p. 274 e seg. NEUMANN, Franz. "libertà di coazione e Costituzione: La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale". In: *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittatura*. Bologna: Il Mulino, 1983, p. 141-284

<sup>552</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente...*, op. cit., p. 40.

Senza dubbio, in qualche misura, l'economia politica di Keynes<sup>553</sup> – autore della struttura base del *New Deal* – in risposta alla crisi del 1929, serve da ispirazione alla celebre dichiarazione di *Franklin Delano Roosevelt* del 1941<sup>554</sup>, suo *manifesto antitotalitario*, dove sintetizza, tra le altre tre libertà<sup>555</sup>, la necessità che tutti gli esseri umani siano liberi *dalle necessità delle cose economiche*.

Il discorso di Roosevelt, anche se non esiste nessun legame intrinseco<sup>556</sup> con la Costituzione di Weimar, riconobbe implicitamente il percorso tracciato dalla carta tedesca rispetto alla necessità del riconoscimento, dell'istituzionalizzazione e della protezione dei diritti sociali e, di conseguenza, della limitazione e della direzione economica con questo fine, che in realtà era, paradossalmente, una delle tre colonne della *New Deal* a salvaguardia dello stesso sistema economico. In qualsiasi caso, si dimostrava determinante ridimensionare l'affinità esistente tra economia e politica come mezzo propizio per un rinnovamento economico, sociale e democratico.

È così innegabile l'idea che sia le proposte della Costituzione di Weimar, sia l'avvento della politica americana del *New Deal*, hanno rappresentato un simbolo storico, determinante alla ridefinizione e all'estensione dei diritti sociali fondamentali, posti oltre l'individualismo conservatore che aveva lo scopo di fornire una protezione illimitata della proprietà privata, dimensionando così,

---

<sup>553</sup> KEYNES, John Maynard. *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*. Torino: Utet Libreria, 2005.

<sup>554</sup> ROOSEVELT, Franklin Delano. *The Four Freedoms*. 1941., disponível em: <http://www.americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>.

<sup>555</sup> Idem., *Ibidem.*, Liberdade de expressão, liberdade de culto e de luta contra o medo.

<sup>556</sup> Nulla indica un legame *a priori* delle espressioni del presidente americano con la carta tedesca del 1919, nonostante gli scopi diversi a posteriori presentino un ideale comune emblematico, di riconoscere, e in alcun modo, garantire i diritti sociali allo stesso ritmo dei diritti di libertà. Nemmeno questo vuol dire che Roosevelt abbia difeso, con forza, l'idea della democrazia sociale come i socialdemocratici tedeschi difendevano. È risaputa, nel suo discorso, questa sì, la sua avversione per i sistemi totalitari. Tra le numerose differenze e incompatibilità tra le culture giuridico-politiche tedesca e americana, che non permettono una stessa concezione di democrazia sociale, c'è l'idea dello stato di diritto, o meglio, *Rechtsstaat* per i tedeschi e *Rule of Law* per gli americani, anche quest'ultimo in alcun modo diverso da quello inglese. Vedere la sintesi di: ZOLO, Danilo. *Teoria e critica dello Stato di Diritto*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di Diritto*. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 17-73. Sulla versione tedesca vedere: GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti*. *op. cit.*, p. 58 e seg. Quanto al *rule of law*, oltre al classico libro di DICEY, Albert Venn. [Introduction to the Study of the Law of the Constitution](#). Boston: Adamant Media Corporation, 2005., anche l'opera di: CRAIG, Paul. P. *Public Law and Democracy in the United States and the United Kingdom*. USA: Oxford University Press, 1991.

vista l'enfasi della questione del lavoro rispetto al capitale, la garanzia politica e, in qualche modo, giuridica dell'emancipazione dell'uomo e dello sviluppo sociale.

Tuttavia, visto che questa è la principale somiglianza tra la Carta di Weimar e la politica del *New Deal*, nell'indicazione riformatrice, che proponeva il rapporto tra democrazia e diritti sociali fondamentali - e si ritiene al di fuori dall'amalgama conservatore che si era creato dell'idea della *concessione* dei diritti sociali, inaugurata nella dottrina *giuspubblicistica* tedesca della seconda metà del XIX secolo<sup>557</sup> - non cessano qui le caratteristiche simili dei due simboli di civilizzazione - prendendo, ovviamente, sempre in considerazione che il documento di Weimar era una carta costituzionale e il *New Deal* una politica governativa per superare la depressione economica, in cui l'idea strutturale e assiologica di uno e dell'altro erano notoriamente diverse, come pure la concezione dello *Stato di Diritto*<sup>558</sup> al quale erano sottoposti - giacché, dal punto di vista fattuale, sono nate da una crisi o da una rottura dello *status quo*<sup>559</sup>.

Nonostante tutto ciò, le similitudini non terminano qui: la Carta di Weimar conteneva un punto debole rispetto alla possibilità, in casi eccezionali, di allontanamento da parte del Presidente del *Reich* di dispositivi costituzionali diretti alla garanzia dei diritti fondamentali; la politica del *New Deal* era frutto, dal punto di vista costituzionale, della delega di poteri straordinari al presidente americano, definiti dal cosiddetto *National Recovery Act* del 16 giugno 1933, che gli

---

<sup>557</sup> Dal punto di vista storico vedere: COSTA, Pietro. Lo Stato di Diritto: un'introduzione storica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di Diritto., op. cit.*, p. 104 e seg. In Italy vedere: ROMANO, Santi. *Gli scritti nel trattato orlando*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 6 e seg.

<sup>558</sup> Vedere nota sopra.

<sup>559</sup> L'avvento della costituzione di Weimar era la ricerca di un'uscita dalla crisi complessa in cui si trovava la Germania nel primo dopoguerra mondiale, la cui tendenza economica era nota, soprattutto per le imposizioni internazionali determinate dalla pace di *Versailles* del 1919; la politica del *New Deal* era caratterizzata da misure economiche adottate dal governo americano per superare la crisi economica del 1929, la quale, a sua volta, paradossalmente fu la principale responsabile per la caduta del regime di Weimar. Sulla proposta costituzionale di Weimar, vedere: AMIRANTE, Carlo. Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia. In: GABINO, Silvio (org). *Democrazia e forma di governo: modelli stranieri e riforma costituzionale*. Rimini, 1997, p. 360 e seg. Sull'aspetto storico dell'intersezione che comprende il periodo weimariano e quello del *New Deal* ver: HOBBSAWN, Eric J. *Il Secolo Breve*. Milano: BUR, 1997, p. 107 e seg.

conferiva la possibilità di controllare e regolamentare tutti gli aspetti della vita economica del paese<sup>560</sup>.

La democrazia sociale di Weimar ammetteva – o *prevedeva* – il proprio smantellamento senza nessuna violazione alle regole di decisione legislativa parlamentare, nella misura in cui – nonostante esistesse una procedura aggravata alla sua revisione<sup>561</sup> – gli articoli 25 e 48 della costituzione permettevano al Presidente del *Reich* di agire in regime di eccezione, ossia, agire in regime dittatoriale risalendo al marchio secondo cui l'autorità non era sottoposta alla legge, nel caso la *legge costituzionale*, ma si riconosceva, questo sì, come la forza legittima per la protezione della costituzione<sup>562</sup>

Si tratta specificamente dell'situazione che ha portato alla celebre discussione tra *Carl Schmitt* e *Hans Kelsen*, rispetto a chi spetterebbe la guardia della Costituzione<sup>563</sup>. Il secondo, preoccupato con gli eccessi del potere, difendeva

---

<sup>560</sup> Nel 1935 il *National Recovery Act* fu dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema Americana, tuttavia, alcuni dei suoi corollari furono rinvigoriti più tardi dal [National Labor Relations Act](#).

<sup>561</sup> Art. 76. The constitution can be amended by legislation. However, resolutions of the Reichstag in favor of an amendment of the constitution are effective only if two-thirds of those present consent thereto (...) Disponibile su: <http://web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob13.html>.

<sup>562</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente.*, op. cit., p. 76, risalta la differenza esistente tra costituzione e legge costituzionale secondo Schmitt. Art. 25. The President of the Federation may dissolve the Reichstag, but only once for any one cause. Art. 48. If a state fails to perform the duties imposed upon it by the federal constitution or by federal law, the President (...) may enforce performance with the aid of the armed forces. If public order and security are seriously disturbed or endangered within the Federation, the President (...) may take all necessary steps for their restoration, intervening, if need be, with the aid of the armed forces. For the said purpose he may suspend for the time being, either wholly or in part, the fundamental rights described in Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124, and 153. The President (...) has to inform the Reichstag without delay of any steps taken in virtue of the first and second paragraphs of this article. The measures to be taken are to be withdrawn upon the demand of the Reichstag. Where delay is dangerous a state government may take provisional measures of the kind described in paragraph 2 for its own territory. Such measures are to be withdrawn upon the demand of the President or of the Reichstag (...) The general election is held not later than on the sixtieth day after dissolution. Disponibile su: <http://web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob13.html>.

<sup>563</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 333 e seg. KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Giuffrè: Milano, 1981 p. 231-91. LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p. 203-9., Jan/Jun., 2003. BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p. 195-201., Jan/Jun., 2003.

la necessità di un tribunale costituzionale<sup>564</sup> per il controllo della costituzionalità delle leggi, la cui garanzia della costituzione era vincolata alla considerazione del principio dello Stato di Diritto, della legalità e della funzione statale; il primo, considerando l'idea dell'indipendenza politica del Presidente del *Reich*, dove il politico si fissava sulla dicotomia amico/nemico, vedeva unicamente in questi la neutralità e la legittimità popolare adatta alla protezione della costituzione e, in questo modo, la garanzia dell'unità del popolo tedesco come insieme politico<sup>565</sup>.

Questa discussione è uno dei punti centrali della storia giuridico-politica di Weimar e la sua conseguenza fu cruciale per le successive atrocità commesse. Weimar, nonostante l'avanguardia nella realizzazione dei diritti sociali fondamentali, è stato un esperimento mancato, parlando di democrazia, proprio perché la democrazia politica non ha avuto la forza necessaria per evitare la distruzione dei suoi postulati dichiarati nella carta costituzionale e nemmeno, di conseguenza, è riuscita a garantire i diritti in essa contenuti, permettendo, in compenso, alle forze reazionarie di sovvertire le istituzioni democratiche.

Neppure se ci fosse stata la vittoria della posizione di Hans Kelsen, nella discussione di chi doveva essere il guardiano della costituzione, avrebbe mantenuto la democrazia totalmente sicura. Il fatto cruciale è che l'applicazione dei diritti fondamentali lì elencati dipendeva - e terminava - unicamente nella speranza della forza politica dell'impegno di rinnovamento democratico, la cui costituzione era il risultato, ma non era lo strumento adeguato alla sua garanzia, nella misura in cui la legge che fosse passata attraverso i giudizi procedurali destinati al suo controllo veniva considerata come valida<sup>566</sup>.

---

<sup>564</sup> Vedere critica contemporanea al Tribunale Costituzionale, in particolare, rispetto al suo ruolo politico per: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 250-2. Anche: MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 11, 2000, p. 125-156.

<sup>565</sup> KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale.*, op. cit., p. 262 e seg. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.*, op. cit., p. 333 e seg.

<sup>566</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.*, op. cit., p. 188 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p.355. Sobre a questão do estado de direito em Kelsen ver: BONGIOVANNI, Giorgio. Stato di Diritto e Giustizia Costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di Diritto.*, op. cit., p 317.

Anche se riconosciuta come un documento giuridico, come nel caso della Costituzione di Weimar, la sottomissione all'onnipotenza politica<sup>567</sup> faceva che la discussione si incentrava nella comprensione del *concetto di politico*. E, purtroppo, quello che ha preponderato alla fine degli anni Venti fu la visione di un concetto del politico fascista, estremamente forte e omogeneo sotto l'argomento di Schmitt<sup>568</sup>, contrario alla stessa pluralità politica definita dalla costituzione, riconosciuto e sostenuto dal potere economico conservatore che vedeva nell'idea di democratizzazione economica proposta dal parlamento dai socialdemocratici una minaccia così pericolosa, o ancor più, di quella identificabile nell'ideologia comunista, e che si giustificava come il mezzo adatto per uscire dalla crisi economica che iniziò nel 1929<sup>569</sup>.

Non era comprensibile, dal punto di vista giuridico, la possibilità dell'esistenza di un diritto sul diritto, una legge che vincolasse la legge e che fosse capace di garantire l'effettività dei diritti fondamentali sociali positivati sulla costituzione. Contrariamente a ciò, sorse a Weimar un grande paradosso creato da una parte dai teorici giuridico-politici che identificavano nella positivazione dei diritti sociali un fattore di discussione della sua stessa normatività<sup>570</sup>. La sua realizzazione, pertanto, era condizionata alla democrazia formale, cioè, al fattore del se il *chi avrebbe deciso*, realmente, su di quello deciderà<sup>571</sup>. E come a Weimar non era tassativa né la determinazione costituzionale su *chi deciderà*, non solo erano in gioco la garanzia dei diritti sociali fondamentali, ma lo stesso modello di Stato di Diritto.

La brillante costituzione di Weimar con la sua vasta gamma di diritti ha nuovamente definito e smitizzato il diritto di proprietà, ha cercato di condizionare

---

<sup>567</sup> FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di Diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di Diritto*, op. cit., p. 361.

<sup>568</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo politico*, op. cit., p. 12.

<sup>569</sup> CRISTI, Renato. *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State Free Economy*. Cardiff: University of Wales Press, 1988, p. 187 e seg. POLANYI, Karl. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. 2. Ed. Boston: Beacon Press, 2001, p. 230 e seg.

<sup>570</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 158-9.

<sup>571</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo...*, op. cit., p. 121.

il potere economico rispetto ai diritti sociali, ma si è dovuto arrendere alla decisione politica che si sovrappose alla fragile comprensione della normatività costituzionale. La democrazia sociale, che ha voluto raggiungere l'idea di giustizia sociale come giustizia economico-materiale, utilizzando unicamente il principio maggioritario e la rappresentanza politica, ha avuto come risposta il totalitarismo. A Weimar, una politica che è diventata egemonica attraverso lo slogan dello *stato forte ed economia libera*<sup>572</sup>, ha liquidato i diritti fondamentali così difficilmente conquistati nella lotta politica per la democratizzazione reale.

D'altro canto, la politica del *New Deal* è stata una specie di atto che ha portato con sé l'idea dell'eccezione, però, al contrario della Costituzione di Weimar – che è stata una conquista di diritti, ma dove, in modo contraddittorio, l'eccezione costituzionale era prevista – il *New Deal* è stata una conquista di diritti proprio a causa dell'eccezione, però una eccezione aperta a un determinato fine, cioè, l'equilibrio economico, la cui conquista – o riconoscimento – dei diritti sociali era una strategia verso un nuovo patteggiamento del capitalismo<sup>573</sup>.

In qualsiasi caso, i paradossi presentano un fondamento comune: *la mano politica dello Stato*, o più precisamente del potere politico, che non sempre è stata vincolata – e molte volte ha tentato di svincolarsi in nome del popolo come comunione organica<sup>574</sup> – (d)alle positivazioni costituzionali intese come patti di base della convivenza civile, la cui origine risale ai movimenti rivoluzionari secondo, i quali è stato concesso ai poteri pubblici la fonte della sua stessa legittimità. In questo senso, è importante associarsi all'idea che il contratto sociale si caratterizza come la *metafora della democrazia*<sup>575</sup>, che non si riassume solamente alla legittimità dal basso verso l'alto dell'autonomia politica e civile, ma precisamente si riconosce come causa alla tutela dei diritti fondamentali<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> CRISTI, Renato. *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism...*, op. cit., p. 187 e seg.

<sup>573</sup> KEYNES, John Maynard. *Teoria Generale...*, op. cit., p. 615-16.

<sup>574</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica...*, op. cit., p. 331 e seg. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto...*, op. cit., p. 386 e seg. SARTORI, Giovanni. *Democrazia cosa è...*, op. cit., p. 22.

<sup>575</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. In: *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 21.

<sup>576</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. In: *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 21.

In questo senso, l'allargamento della sfera pubblica provocato dalla democrazia sociale dev'essere inteso in modo diverso dalla dipendenza della sua realizzazione per la democrazia formale, è necessario comprendere che la democrazia sociale, basata nella realizzazione dei diritti sociali, fa parte del patto costituzionale, del contratto sociale, in cui questi diritti sociali, come i diritti alla libertà, esistono e devono essere invocati come *legge del più debole*, in alternativa alla legge del più forte<sup>577</sup>, essendone i titolari le persone naturali. Solo così il diritto positivato nella costituzione cessa di essere alla mercè della scelta politica e di agire a portata di propositi indeterminati, in cui la fallacia del consenso popolare o dell'unità politica del popolo servono come giustificazione agli interessi ideologici, e diventa esso stesso la prerogativa all'attuazione dei poteri pubblici. In altre parole: è *per il primato del diritto sul potere che risiede il significato profondo della democrazia e il ruolo delle costituzioni democratiche come patto di convivenza*<sup>578</sup>.

Decisamente, fu a partire dal livello raggiunto dal diritto<sup>579</sup>, in cui esso stesso specificherebbe e determinerebbe la sua produzione il cui unico fine sarebbe lo smantelamento dei poteri fuori controllo tendenti all'assoluto, come anche la garanzia di uguaglianza di tutti in diritti fondamentali, che viene fissata tassativamente la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948*<sup>580</sup>, ossia, da quanto stabilito dal pronunciamento del rispetto della persona umana nei campi

---

<sup>577</sup> FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. In: *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 21. Idem., *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 43.

<sup>578</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 48.

<sup>579</sup> FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali e sfera pubblica internazionale. In: SALVATI, Mariuccia. *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*. 2.ed. Roma ediesse, 2008, p. 194-5.

<sup>580</sup> In particolare, per quanto riguarda il materiale della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 vedere: articolo XXII: Ogni persona, come membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale (...), dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla propria dignità e al libero sviluppo della sua personalità; articolo XXIII: 1. Ogni persona ha diritto al lavoro(...); articolo XXV: 1. TOgni persona ha diritto a uno standard di vita capace di assicurare a sé e alla sua famiglia salute e benessere, comprendendo alimentazione, abbigliamento, abitazione, cure mediche e i servizi sociali indispensabili(...); articolo XXVI: 1. Ogni persona ha diritto all'istruzione. L'istruzione sarà gratuita(...); disponibile su: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

di azione della sfera pubblica e privata, dove sostanzialmente viene riconosciuta la garanzia giuridica dell'uguaglianza, *l'uguaglianza intesa come norma giuridica*<sup>581</sup>.

In realtà, la *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1948* ha evidenziato la comprensione della necessità di un'apertura giuridica che cercasse, inequivocabilmente, il cambiamento dello *status quo* mondiale, ossia, che fosse diretta all'intento della costruzione di un paradigma giuridico necessariamente rigido e che fosse in grado di accludere dei vincoli al potere economico, che proteggesse la democrazia politica e che stabilisse *il mai più della guerra*: i fatti empirici mostravano la posizione imprescindibile della garanzia dell'esistenza degna di tutti, per la quale passava, necessariamente, il rispetto e la protezione delle libertà individuali alla garanzia e prestazione dei diritti sociali.

È in quest'ambito che nasce il modello di costituzione del secondo dopoguerra come un nuovo patto, ossia, un patto fondato sulla potenzialità dell'antagonismo creato da meccanismi capaci di portare alla soluzione pacifica i conflitti tra soggetti ostili. Pertanto quello che si presuppone è l'uguaglianza in un'ampia serie di diritti fondamentali, stabilita e condizionata da una proposta *giuridico-teorica* di democrazia, in cui sia l'esempio negativo dell'indebolimento politico del patto costituzionale di Weimar, sia il riconoscimento positivo della protezione della dignità umana passa, sostanzialmente, attraverso la garanzia dei diritti, rappresenta il legame dell'idea di libertà e di uguaglianza, o meglio, della superazione dell'antitesi tra il liberalismo e il socialismo e dell'apertura al costituzionalismo sociale – *garantismo sociale* – come evoluzione che rappresenta una condizione essenziale del costituzionalismo liberale – *garantismo liberale*<sup>582</sup>.

Più precisamente, la sintesi di questo processo è l'esempio privilegiato della proposta garantista di democrazia sociale, nella misura in cui rompe con una concessione del potere altamente discrezionale dell'amministrazione, collocandola sotto la prospettiva della funzione della garanzia<sup>583</sup>, cioè, come un *dovere positivo*

---

<sup>581</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo...*, op. cit., p. 122.

<sup>582</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia...*, op. cit., p. 396.

<sup>583</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto...*, op. cit., p. 873. Idem. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia...*, op. cit., p. 398.

*assoluto, demolendo, in questo modo, la fallacia creata dalla presunta tensione tra Stato Sociale e Stato di Diritto.*

Prendendo nuovamente come esempio il percorso di Weimar, si comprende la possibilità di poter fare una lettura inaugurale delle garanzie giuridiche della seconda parte della costituzione, che ha determinato i limiti e i vincoli, genericamente, della vita economica, mirando non solo a un cambiamento della struttura del mercato, ma *la positivazione delle attività da svolgere da parte dello Stato e della società nell'ambito economico*<sup>584</sup>.

Tuttavia, quello che di fatto è avvenuto, mentre le diverse correnti filosofiche-teoriche discutevano la coerenza e la forza vincolante dei dispositivi costituzionali, fu l'allargamento e l'espansione degli antichi e tradizionali apparati burocratici dello Stato, che minarono quelle celebri basi di una proposta costituzionale d'inclusione sociale, nella misura in cui il vincolo dell'economia alla scelta politico-democratica e, da questa, alla protezione dei diritti fondamentali<sup>585</sup>, che caratterizzavano la Costituzione di Weimar come una costituzione economica adatta alla costruzione di uno Stato Sociale di Diritto, sono state svuotate da una specie di crisi – o manutenzione della crisi – di legalità nella sfera pubblica, dove preponderava il senso comune secondo il quale il potere pubblico era un potere largamente arbitrario, svincolato di doveri di prestazioni prestabilitei dalla legge, o meglio, slegato di norme vincolanti alla *soddisfazione di diritti*<sup>586</sup>.

Nella concezione garantista, la democrazia sociale è una delle quattro dimensioni della democrazia costituzionale e, perciò, dev'essere vista, compresa ed elaborata all'interno di un disegno dello Stato Costituzionale, ossia, funzionando come un contropotere nei confronti dei poteri pubblici e privati e come una composizione essenziale alle altre dimensioni della democrazia: sia essa di

---

<sup>584</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente.*, op. cit., p. 39.

<sup>585</sup> Tra i favorevoli al concetto comune dei diritti fondamentali e di democrazia, nonostante diversa da quanto questa tesi sostiene, soprattutto per quanto riguarda la comprensione della costituzione e popolo, oltre al ruolo del diritto, ci sono: HELLER, Hermann. *Dottrina dello stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 373 e seg. NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico...*, op. cit., p. 274 e seg.

<sup>586</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 395.

contenuto, come la democrazia liberale, sia di forma, come le democrazie politica e civile.

Solo per la garanzia dei diritti sociali, intesi qui come i diritti vitali minimi alla sopravvivenza degna, come il diritto alla salute, all'istruzione e all'alimentazione, allo stesso modo degli altri diritti fondamentali, tutti visti come diritti uguali, sarà possibile sviluppare il senso dell'appartenenza a un'identità collettiva e a una comunità politica<sup>587</sup>.

Non è mai eccessivo evidenziare che una costituzione è democratica, dal punto di vista garantista, non soltanto perché è la volontà della maggioranza, perché ha legittimità formale, neanche perché ha dei diritti universalmente condivisi dall'unità politica del popolo, ma è democratica, innanzitutto, perché ha una legittimità sostanziale, che garante ugualmente a tutti, in cui i diritti possono non essere universalmente condivisi, ma completamente e indistintamente riconosciuti. *Il patto di non esclusione di nessuno, di tutti i diritti è l'essenza del costituzionalismo contemporaneo*<sup>588</sup>.

Stabilendo ciò, rispetto specificamente ai diritti sociali o alla democrazia sociale, quello che importa non è cercare la sua fonte di legittimazione nel principio rappresentativo, come nell'antico paradigma dello Stato di Diritto nel senso debole o legale, ma necessariamente, secondo il principio di legalità, sorretto dallo Stato di Diritto nel senso forte o Costituzionale. Quello che ne deriva, con ciò, è un doppio spostamento dall'idea di *potere* all'idea di *vincolazione*; dall'idea di *discrizione* all'idea di *cognizione*. In altre parole, ciò che avviene è la sostituzione della buracrazia alla garanzia<sup>589</sup>, che è determinata dal carattere universale dei diritti fondamentali.

In questo senso il livello della discussione cambia e, sotto l'aspetto della garanzia, quello in voga sarà l'ampliamento e il rafforzamento di *leggi di attuazione*; da un altro punto di vista, il vincolo di bilancio riconoscerà *il costo dei diritti*<sup>590</sup>, nella

---

<sup>587</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 53.

<sup>588</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 55-6.

<sup>589</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 398 e seg.

<sup>590</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Right. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000, em especial capitolo 9.

misura in cui i diritti sociali e la democrazia sociale richiedono prestazioni positive della sfera pubblica.

Tuttavia, per quanto riguarda la tesi quotidiana secondo la quale *i costi dei diritti* non permettono la propria soddisfazione, mettendo a rischio, inoltre, la crescita economica e la produzione della ricchezza, non è possibile constatare tra i fini dello Stato o della sfera pubblica, ossia nella ragione sociale dello Stato determinata dal suo statuto, la costituzione, che esista, oltre alla garanzia della pace e dei diritti vitali – politici, civili, di libertà e sociali – costituzionalmente stabiliti, l'obbligatorietà di una presunta produzione di ricchezza, nonostante risulti evidente che una sfera pubblica che miri a proteggere e stimolare *le capacità fondamentali*<sup>591</sup> degli uomini, verso la sua eguaglianza, abbia maggior possibilità di espansione economica<sup>592</sup>.

Su altre basi, la tesi qui condivisa e difesa è che nessuna crescita economica sarà possibile senza la garanzia dei diritti vitali<sup>593</sup>. Salute, sostenibilità e istruzione, insieme alle libertà positive e negative, che sono le condizioni per lo stesso sviluppo della sfera economica. Non esiste un costo passivo nel bilancio pubblico, ma una forma di investimento fondamentalmente produttiva.

Tuttavia, se il punto ancora sussistere e essere invocata la separazione dei poteri, per una presunta giudizializzazione della necessaria politica pubblica nel rispetto di un determinato diritto fondamentale, nel caso specifico un diritto sociale, basta ricordare che nell'egida di una democrazia costituzionale la legittimità per far rispettare il non soddisfacimento di una *garanzia primaria*, la cui funzione appartiene all'amministrazione, è del potere giudiziario in quanto istituzione responsabile per far valere la *garanzia secondaria*.

Detto in un altro modo, è insostenibile la discrezionalità amministrativa nella democrazia costituzionale, per quanto riguarda, soprattutto, la prestazione dei diritti

---

<sup>591</sup> SEN, Amartya K. *scelta, benessere, equità*. Bologna: Mulino, 2006, p. 356 e seg.

<sup>592</sup> SEN, Amartya K. *La democrazia degli altri: perchè la libertà non è una invenzione dell'occidente*. Milano: Mondadori, 2005, p. 58.

<sup>593</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 400 e seg.

sociali, dato che *la soddisfazione e la violazione di diritti fondamentali è materia di competenza non delle istituzioni di governo, ma delle istituzioni di garanzia*<sup>594</sup>.

La democrazia sociale garantista vuole diminuire l'esposizione massiccia e la dipendenza dei diritti sociali sia alla discrezionalità amministrativa, o alla regola della maggioranza, sia alle pressioni economiche del mercato, dato che gli stessi diritti sociali, come tutti i diritti fondamentali sono *inviolabili, inalienabili, inalterabili e indisponibili*<sup>595</sup>, visto che qualsiasi sottomissione di questi a quelle, li svincola dal loro intrinseco carattere di fundamentalità.

Riassumendo, quello che è in voga è una visione di democrazia sociale garantista come una sofisticata rianalisi del passato - *aufarbeitung der vergangenheit*<sup>596</sup>-, cioè, come una parte della democrazia sostanziale che sintetizza la proposta dello Stato di Diritto con significato forte, dato che cerca ridefinire e rendere apparente il paradosso con il quale è stato delineato il rapporto tra socialismo e democrazia.

In altre parole vuol dire che: *la democrazia sociale è la democrazia politica che, in forza alla sua costituzione, ha come ragione sociale la garanzia dei diritti sociali stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali*<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 403.

<sup>595</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 417.

<sup>596</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Guarda da Constituição em Hans Kelsen.*, op. cit.

<sup>597</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto.*, op. cit., p.935.

### Capitolo 3 - La struttura del sistema di garanzie

Come visto, il paradigma garantista richiede una determinata idea di scienza giuridica e di sistema giuridico positivo, in cui lo stesso sistema giuridico come sistema unitario intende la scienza giuridica come non meramente cognitiva, ma si normativa<sup>598</sup>.

In questo senso il sistema di garanzie ha la sua forza in due principi fondamentali: i *principia iuris et in iure*, che sono interni all'ordinamento e propri del diritto, ai quali si applicano i *principia iuris tantum*, espressi dalla logica ed esterni al diritto positivo, che sono a protezione dei primi, visto che la loro *unità, completezza e coerenza*, impongono allo stesso ordinamento l'introduzione di garanzie primarie e secondarie, come pure la non ammissione e il rispettivo annullamento delle norme in contrasto con esso<sup>599</sup>.

Detto in altro modo, se la teoria del diritto cerca di determinare le condizioni formali e materiali per la validità delle norme, la dogmatica giuridica cammina verso l'identificazione di quelli che sono stati chiamati di limiti e vincoli rispetto ai contenuti concreti - retti dai principi *et in iure* - necessari alla convalida delle norme di un determinato ordinamento<sup>600</sup>.

Le garanzie cercano di sanare nel sistema, da un lato, il suo *difetto di legalità*, che si determina per la stessa assenza delle stesse; dall'altro, esse cercano di inibire lo *sviluppo dell'illegalità*, che avviene a causa della violazione sistematica delle garanzie già esistenti, cioè, le garanzie servono, dal punto di vista dello Stato Costituzionale e Democratico, a riconoscere e soppiantare ciò che ad esse è inadeguato dal punto di vista normativo, ma anche a identificare e correggere l'inefficacia di quello che da esse è determinato<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto*, op. cit., p. 30. Sulla scienza giuridica avvalorante vedere la critica di GUASTINI, Ricardo. Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo. in: Gianformaggio, Letizia. *Las razones del garantismo...*, op. cit., p. 57-50. E la risposta di Ferrajoli nella stessa opera: FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre "derecho y razón" in: Gianformaggio, Letizia. *Las razones del garantismo...*, op. cit., p. 479.80.

<sup>599</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto*, op. cit., p. 30.

<sup>600</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto*, op. cit., p. 31.

<sup>601</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 79.

È opportuno mettere in evidenza che, come visto precedentemente, il sistema di garanzie, o il garantismo nella sua interpretazione assoluta, è un artificio sofisticato e idoneo, destinato alla protezione dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti<sup>602</sup>; per quanto riguarda specificamente il termine *garanzia* esso viene visto sotto il punto di vista dei rapporti deontici che all'interno di qualsiasi sistema normativo dialogano tra *aspettative* e modalità *imperative*<sup>603</sup>.

Fondamentalmente questo rapporto si evidenzia secondo il postulato P3 della teoria del diritto costruita in *Principia Iuris* che determina: *se di qualcosa esiste l'aspettativa della commissione, allora esiste anche una corrispondente modalità in forza della quale non ne è permessa l'omissione, e viceversa*<sup>604</sup>.

Questa è una complessa e completa posizione delle *modalità deontiche della teoria del diritto*, che viene divulgata intrinsecamente, nella concezione garantista, allo stesso concetto del diritto soggettivo, che a sua volta, è costruito sulla base delle *aspettative* - positive di prestazione e negative di non lesione -, ossia, l'aspettativa è l'elemento nucleare sul quale si edifica la concezione del *diritto soggettivo* - *qualsiasi aspettativa positiva di prestazione o negativa di non lesione* - e, proprio per questo, è anche il termine centrale che condiziona la comprensione del sistema garantista<sup>605</sup>. E in questo risiede la peculiarità del diritto rispetto a qualsiasi altro sistema deontico, nella misura in cui dispone, o meglio, è disposto, innanzitutto, secondo un insieme di garanzie giuridiche, la cui finalità consiste nel garantire l'effettività delle aspettative in ultima analisi: i diritti soggettivi<sup>606</sup>.

Alla luce di questo è imprescindibile fare attenzione alla differenza e alla mancata coesistenza tra i diritti soggettivi e le sue stesse garanzie, considerando che il termine *aspettativa* si riferisce al diritto, nel caso specifico al diritto soggettivo, mentre la garanzia si struttura secondo l'obbligo e la proibizione e fa parte della

---

<sup>602</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 195.

<sup>603</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 196.

<sup>604</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 153.

<sup>605</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 143 e seg.

<sup>606</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 639.

nomodinamica del sistema giuridico<sup>607</sup>. La garanzia, in questo modo, è in costante movimento, sempre alla ricerca della coerenza e dell'integrità dell'ordinamento.

Questo complesso adeguamento ha la funzione centrale in una concezione del costituzionalismo rigido e, di conseguenza, multilivellato, poiché l'imposizione dei limiti e dei vincoli dei contenuti alla legge, secondo la norma costituzionale, esige dal sistema di garanzie, che è di competenza della sfera pubblica, più precisamente di quelle *istituzioni pubbliche le cui norme di riconoscimento sono le norme sulla competenza degli organi e dei funzionari deputati all'esercizio di funzioni di garanzia*<sup>608</sup>, la soppressione della carenza della legge stessa – completezza –, il cui obiettivo è quello di raggiungere fini determinati dalla democrazia costituzionale, che nel caso dei diritti fondamentali è la protezione delle necessità vitali delle persone – non contraddittoria<sup>609</sup>.

Ciò vuol dire che i diritti fondamentali, che sono quei diritti identificati come *norme tetiche*, necessitano di *legislazione attuazione*<sup>610</sup> perché siano introdotte le sue ripetitive garanzie, primarie – *doveri di prestazione e di non lesione disponibili a tutela dei rispettivi diritti* – e secondarie – *doveri di sanare atti invalidi o illeciti, che dalle garanzie primarie sono inosservanze, per mezzo del suo annullamento o sanzione*<sup>611</sup> – dalle quali si analizzano i sostrati e la cui assenza causerà la formazione di quello che è identificato nel paradigma garantista come *ineffettività strutturale*<sup>612</sup> che consiste nell'*ineffettività di una norma sulla produzione la cui inosservanza ha per effetto una lacuna di garanzie primarie o secondarie*.

### 3.1 - Le garanzie primarie e le garanzie secondarie.

Un diritto dotato di garanzie primarie e secondarie è denominato *diritto forte*<sup>613</sup>. Questo significa che esistono norme di attuazione che obbligano o che

---

<sup>607</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 200.

<sup>608</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 875.

<sup>609</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 674.

<sup>610</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 674.

<sup>611</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 675.

<sup>612</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. Teoria della democrazia., op. cit., p. 79. Idem., *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 699.

<sup>613</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 694-5.

proibiscono, in accordo rispettivamente con gli stessi diritti soggettivi, positivi e negativi; ma anche norme di attuazione che determinano l'obbligo dell'annullamento di atti non validi in sintonia con la stessa aspettativa della sua annullabilità, e inoltre, per la condanna direttamente in relazione all'aspettativa della responsabilità per atti illeciti.

In altre parole, il menzionato sopra si riferisce a due classi di garanzie giuridiche: *la garanzia dei diritti soggettivi e la garanzia della responsabilità e dell'annullabilità in caso di mancato compimento o dell'ineffettività della garanzia di primo tipo*<sup>614</sup>.

In questo senso le garanzie dette primarie sono garanzie di primo grado, sostanziali, che risiedono nel fatto che qualcuno ha il dovere di realizzare l'effettività di un diritto soggettivo; le garanzie dette secondarie sono garanzie di secondo grado, strumentali, e risiedono nel fatto che qualcuno abbia la titolarità del dovere per dare attuazione, responsabilità o annullabilità alla violazione delle prime<sup>615</sup>.

Risulta evidente, in questo modo, che le garanzie secondarie sono sempre sussidiarie alle garanzie primarie, nella misura in cui sono loro che cercano l'effettività in secondo grado dei diritti positivati, agendo secondo criteri coercitivi, in cui *l'uso regolato della forza*<sup>616</sup> - inteso come una forza sottoposta alle regole previste a carattere ipotetico dallo stesso ordinamento - è la stessa negazione della legge del più forte e della logica del potere selvaggio<sup>617</sup>.

Rispetto ai *diritti positivi*, la garanzia primaria è obbligata alla sua corrispondente prestazione ed è chiamata di *garanzia primaria positiva* come, per esempio, il caso dei diritti fondamentali sociali in cui l'obbligo della sua corrispondente prestazione è dovere della sfera pubblica; mentre i *diritti negativi* hanno la garanzia primaria nella proibizione della sua corrispondente lesione e, perciò, è chiamata di *garanzia primaria negativa*, come, per esempio, il diritto

---

<sup>614</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 668-9.

<sup>615</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 668-9.

<sup>616</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 468 e seg.

<sup>617</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p.869.

fondamentale alla vita, in cui l'obbligo della protezione alla sua corrispondente non lesione, normalmente, è anche dovere della sfera pubblica<sup>618</sup>.

Nel caso dei primi, sempre prendendo ad esempio i diritti sociali, *l'omissione degli atti* determina la *violazione* delle corrispondenti *garanzie primarie positive*, il che attiva una *garanzia secondaria* di tipo prevalentemente interpretativo, nella misura in cui nell'essere portata alla *giustiziabilità* un'omissione del potere amministrativo, il potere giurisdizionale può avvalersi della stessa garanzia primaria per stabilirne la sua effettività; già, nei secondi, come nel caso dei diritti fondamentali alla vita, la commissione degli atti che determina la violazione delle *garanzie primarie negative*, aziona una garanzia secondaria, la cui inesistenza mette in rischio la stessa garanzia primaria, visto che è una condizione *sine qua non* all'applicazione di qualsiasi sanzione o condanna<sup>619</sup>.

Tuttavia è possibile, vista la struttura nomodinamica degli ordinamenti positivi, che un diritto soggettivo sia stabilito senza che, malgrado ciò, sia determinato il suo corrispondente dovere, cioè la sua garanzia<sup>620</sup>. Questo è un errore fisiologico del sistema di garanzie e può accadere per l'elevato grado di complessità in cui si stabiliscono i rapporti giuridici.

È importante evidenziare, però, la grande discrepanza della struttura eretta dagli ordinamenti giuridici a tutela dei diritti individuali, soprattutto trattandosi di quelli individuali sulla proprietà - siano essi reali o personali, che da sempre nella tradizione occidentale hanno avuto un'attenzione speciale verso i suoi corrispettivi obblighi o proibizioni - rispetto alla costruzione di un apparato garantista destinato alla difesa dei diritti fondamentali.

---

<sup>618</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto*, op. cit., p.671.

<sup>619</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto*, op. cit., p.671.

<sup>620</sup> La chiara distinzione tra *diritto* e *garanzia* è la pietra angolare della teoria qui difesa, i cui meriti si devono integralmente a Luigi Ferrajoli, nella misura in cui si distingue dalla teoria kelseniana e dalle altre posizioni positiviste contemporanee sviluppate in Italia. Vedere: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 90. Vedere la posizione, anche, di GUASTINI, Ricardo. Tre problemi di definizione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, op. cit., p.43-48. ZOLO, Danilo. Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali". In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, op. cit., p.64-6. E a risposta de Ferrajoli na mesma obra: FERRAJOLI, Luigi. II. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti foondamentali*, op. cit., p.43-48

Ancor più evidente quando si tratta di garanzie relative ai diritti fondamentali sociali, nella misura in cui gran parte di queste, nonostante siano positivati, furono – e lo sono ancora – trattati come *diritti metagiuridici*, affidati agli interventi burocratici e autoritari del potere politico. Questa non consacrazione dei diritti sociali come diritti forti, ossia, determinati dal loro corrispettivo obbligo di prestazione e dalla loro universale titolarità, formula un esempio privilegiato di come un errore fisiologico del sistema delle garanzie può diventare fondamentalmente un vizio patologico, mettendo in pericolo non solo la ragione sociale dello Stato Costituzionale, come, pure, la sua struttura normativa.

È quindi necessaria la comprensione dei *principia iuris, et in iure e tantum*, poiché se i primi specificano quali sono i diritti all'interno dell'ordinamento – che nel caso dello Stato Costituzionale garantista sono quelli determinanti dalla sua ragione sociale, cioè, i diritti fondamentali – i secondi dicono che tutti quei diritti all'interno dell'ordinamento, che sono di competenza della sfera pubblica, devono essere realmente considerati seriamente e dovutamente garantiti.

Si tratta, ovviamente, di un obbligo costituzionale a carico della sfera pubblica: da un lato, un obbligo ad obbligare il soddisfacimento dei diritti sociali e un obbligo di vietare la violazione dei diritti individuali; dall'altro, di rimuovere qualsiasi omissione o violazione dei diritti costituzionalmente stabiliti.

In realtà sono garanzie costituzionali<sup>621</sup>, determinate da norme costituzionali di competenza dirette ai poteri pubblici, che basano tutto l'apparato garantista che implicitamente obbligano all'azione e proibiscono chiaramente la violazione delle stesse norme costituzionali; come inoltre obbligano il giudice costituzionale<sup>622</sup> ad annullare leggi che violano la costituzione, come pure la dichiarazione dell'omissione legislativa rispetto alle garanzie primarie e secondarie dei diritti costituzionalmente stabiliti.

---

<sup>621</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. Teoria del diritto., op. cit., p. 918.

<sup>622</sup> Vale come esempio dell'ordinamento brasiliano in cui il giudice ordinario ha la funzione di non applicare la legge se considerata incostituzionale al caso concreto. Vedere, soprattutto, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 129 e seg. Sulla giurisdizione costituzionale in Brasile vedere: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

#### **Capitolo 4 - A guisa di una conclusione alle tesi centrali del paradigma garantista: i limiti e i vincoli al potere, l'uguaglianza nei diritti fondamentali, la teoria della validità delle norme su un modello integrato di scienza giuridica**

Il paradigma garantista ha una visione fondamentale: *l'autonomia del diritto*. Quest'autonomia è proposta attraverso un'edificazione complessa creata su un *modello integrato di scienza giuridica*<sup>623</sup> che implica la teoria del diritto, la dogmatica giuridica, la filosofia della giustizia e la sociologia del diritto.

Quest'unione provoca un rapporto dialogico tra l'effettività e la legittimità, dove la garanzia funziona come sinossi, sia per la comprensione del grado di effettività del diritto, rispetto ai suoi stessi livelli normativi, e anche un grado di legittimità di questi stessi livelli normativi.

Per questo accade un repentino cambiamento di paradigma, nella misura in cui si apre la possibilità di una teoria giuridica della democrazia costituzionale con un forte ruolo critico e progettuale - normativo - che si avvale, da un lato, di tutto l'apparato formale della teoria del costituzionalismo; dall'altro, delle tesi elaborate sui livelli della filosofia politica, per le quali vengono intese le sue basi, istituzionali e assiologiche.

La costituzione, nella costruzione del modello garantista, è il documento giuridico-politico che, presa seriamente, dipende esclusivamente dalle sue proprie forze per costruire, ossia, per far rispettare la sua proposta iniziale, per tre motivi: innanzitutto, perché appare come il *tópos* privilegiato dello Stato di Diritto, imponendo tassativamente limiti e vincoli al potere, a causa del suo dislivello normativo; in secondo, luogo perché questi limiti e vincoli hanno lo scopo non solo di rispettare, ma di garantire l'uguaglianza in diritti fondamentali, per l'incorporazione interna di principi assiologici; infine perché una teoria della validità della norme finisce per porre tutto il centro dell'ordinamento non più unicamente su sé stesso, per trovare la propria determinazione formale, lasciando a carico della discrezionalità politica il suo contenuto, ma perché vuole trovare anche nell'ordinamento il suo fine specifico, o meglio, il suo contenuto.

---

<sup>623</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto.*, op. cit., p. 39.

Tuttavia, di *quali* contenuti si parla? Uguaglianza in *quali* diritti fondamentali? Soggiacente a ciò è necessario evidenziare nuovamente *cosa sono i diritti fondamentali: sono diritti che fanno universalmente riferimento a tutti gli esseri umani, perché dotati dello status di persona o di cittadino o di persona capace di agire*<sup>624</sup>.

E questi diritti che sono di tutti, nella democrazia costituzionale, o anche in una costituzione democratica, sono quei diritti che, per essere proprio quelli conferiti a tutti – e garantire a tutti –, determinano le dimensioni della democrazia, definendo come la sua ragione sociale, la sfera di cui, in qualsiasi ipotesi, è “*indecidibile che si decida*” o è “*indecidibile che non si decida*”<sup>625</sup>.

La cosiddetta *sfera dell'indecidibile* è il perno della teoria garantista che rompe con la fallacia formale della liberaldemocrazia, cioè, che smentisce quel sistema fondato su una serie di regole destinate a proteggere, senza condizioni, l'onnipotenza politica della maggioranza e l'assoluta libertà del mercato.

In questo senso, *la sfera dell'indecidibile* stabilisce all'esercizio delle autonomie politiche e civili ciò che è vietato decidere per la garanzia dei diritti della libertà, e quello che è obbligatorio decidere all'esercizio dell'autonomia politica, per la garanzia dei diritti sociali. È da questa composizione che sorge la democrazia costituzionale, poiché dotata, oltre che *della dimensione formale, che è assicurata da un insieme di regole del gioco, da una dimensione sostanziale dalla quale dipende la qualità del gioco democratico*<sup>626</sup>.

Questo legame complementare delle quattro dimensioni della democrazia può essere considerato la grande forza della democrazia costituzionale, perché non cerca di rivelare qual è la *vera democrazia*, meno ancora stabilire la debolezza di una dinanzi all'altra, ma sradicare il conflitto tra loro e, da una volta per tutte, vincolarle ai loro rispettivi diritti fondamentali perché si possa, nel paradigma dello Stato Costituzionale di Diritto, ristabilire i termini *democrazia e capitalismo; liberalismo e*

---

<sup>624</sup> FERRAJOLI, Luigi. I. diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali.*, op. cit., p. 5.

<sup>625</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 1. *Teoria del diritto.*, op. cit., p. 819.

<sup>626</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia.*, op. cit., p. 99.

*socialismo*, sempre considerando i limiti e i vincoli stabiliti da questi ultimi all'esercizio dei primi<sup>627</sup>.

È questo il dibattito che sorge e che si tratterà nella prossima parte della tesi, cioè, quando si parlerà di *un'analisi economica del diritto* in contrasto al *paradigma garantista*: questo a causa dell'autonomia del diritto in tutte le sue forme, il cui vincolo allo Stato Costituzionale determina la direzione della sua normatività alla tutela delle necessità vitali delle persone, attraverso il riconoscimento di queste necessità come diritti fondamentali; quella verso la *massimizzazione della ricchezza* attraverso l'*efficienza economica* per provocare l'economicizzazione del diritto attraverso l'argomento per cui il soggetto/individuo agisce sempre con un fine, per il proprio interesse, non orientato dalla morale e dalla maniera uniformemente fissa.

---

<sup>627</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 37.

PARTE IV - CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IMPEDIMENTI SOSTANZIALI  
DEMOCRATICI E (IM)POSSIBILITÀ GIURIDICHE DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

**Capitolo 1 - Premessa: dalla massimizzazione della ricchezza alla garanzia dei  
diritti fondamentali.**

Dinanzi alla struttura, non solo storica, ma soprattutto, teorica messa in evidenza durante questa ricerca, è stato possibile riconoscere, da un lato, le unioni che stabilirono e concretizzarono la proposta giuridico-teorica della contemporanea analisi economica del diritto; dall'altro, le specifiche di un dibattito corrente sull'idea attuale del diritto e della democrazia, ma specialmente, del rapporto creato tra i due.

In questo senso, la discussione non fu diretta verso una qualsiasi interpretazione dell'analisi economica del diritto o, in modo più astratto, del rapporto tra il diritto e l'economia, neppure per stabilire il nesso di inclusione della concezione di democrazia, anche se percorrendo la sua costruzione storica e centrale - governo del popolo -, questa non fu estesa astrattamente - al di fuori del tempo e dello spazio -, nella misura in cui si riconobbe che l'esistenza della democrazia e dei suoi peculiari requisiti, si trovava - e si trova - intrinsecamente contestualizzata e allegata alle lotte politiche moderne che, a loro volta, hanno fornito un supporto, nella contemporaneità, alla proposta costituzionale di diritti fondamentali destinati alla protezione e alla garanzia delle necessità vitali di tutti gli esseri umani, senza distinzioni.

In qualsiasi caso, fu possibile stabilire questa discussione solo tra il diritto e la democrazia, nella misura in cui si analizzarono ambedue secondo un paradigma vincolante comune, la cui costruzione diffuse e rese rigida, dal punto di vista non solo tecnico, ma, in particolare, epistemologico e assiologico, la comprensione dello stato di Diritto: *lo Stato Costituzionale del Diritto*.

Se per rendere chiara la comprensione del diritto e della democrazia si dimostrò imprescindibile il riconoscimento di un modello giuridico soggiacente, che li vincolasse in maniera paradigmatica, non si vuole adottare un modo

diverso per assicurare la possibilità della legittimazione/applicazione di un'analisi economica al sistema legale.

Tuttavia, nella misura in cui questa peculiarità paradigmatica viene accettata – e la tesi qui svolta ha il proprio filo conduttore in questa accettazione –, si allontana la possibilità che l'analisi economica del diritto, di per sé, serva come base per un nuovo vincolo giuridico e istituzionale, ossia, la proposta sviluppata all'inizio del secondo movimento *law and economics*, la cui costruzione si rapporta esponenzialmente alla *Scuola di Chicago*, soprattutto tra gli anni '60 e '80 del secolo scorso, si dimostra carente di contenuto, nella misura in cui richiede la fusione di tutta la concezione del diritto nell'economia, intesa, a sua volta, in maniera sintetica, come efficienza.

In realtà, il successo del concetto di efficienza, come concetto fondamentale sviluppato dal metodo scientifico applicato all'economia, e dell'uso di questo concetto come determinante per la messa a punto paradigmatica di una nuova teoria fondamentale del diritto, fu una risposta specifica a due correnti che sorsero come risultato dal processo di democratizzazione del diritto e dello Stato nel secondo dopoguerra – la scuola del *Legal Process*<sup>628</sup> e dei *Right-Based*<sup>629</sup> – le cui basi teoriche ed epistemologiche, anche se completamente diverse, convergevano nella concezione dell'autonomia del diritto, cioè, in una base normativa e oggettiva che prevedeva la possibilità da parte dello stesso diritto di fornire delle risposte soddisfacenti ai problemi socio-giuridici.

Quest'accettazione aveva come punto cruciale quello di portare alle ultime conseguenze i diritti conquistati dalle lotte politiche della modernità, oltre che, di conseguenza, celebrare e rafforzare le basi della legittimazione

---

<sup>628</sup> Le basi di questa scuola sono dirette all'opera: HART, Henry M. Jr.; SACKS, Albert M. *The Legal Process: Basic Problems in the Making an Application of Law*. Chicago: Foundation Press, 1994. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. USA: Harvard Paperbacks, 1980. Também, ver os aspectos históricos dessa escola em: MINDA, Gary. *Teorie...*, *op. cit.*, p. 62 e segs. GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano.*, *op. cit.*, p. 62. DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence.*, *op. cit.*, p. 209 e segs.

<sup>629</sup> Ver, por todos: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* *op. cit.*, em especial parte um. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins fontes, 2007. Vedere anche gli aspetti storici di questa scuola in: MINDA, Gary. *Teorie...*, *op. cit.*, p.92 e segs.

dell'autorità del *Rule of Law*, inteso genericamente come limite giuridico del potere.

Accade che l'accordo che ammette che le basi logiche e morali del diritto erano fondate dallo stesso sistema e, in questo senso, che le idee del *Rule of Law* apparivano come il nucleo fondamentale della concezione giuridico-normativa strutturata su presupposti della modernità, non fu sufficiente a costruire, ma più che questo, a mantenere la qualità della giustificazione/fondatezza dell'obiettività del diritto.

Mentre i *teorici fondazionalisti* sostennero che i diritti soggettivi prevalevano rispetto al proceduralismo e la sua logica intrinseca del consenso; i *teorici del proceduralismo* credevano nei valori procedurali della democrazia e del consenso come valori primordiali e preponderanti rispetto a qualsiasi rivendicazione di diritto soggettivo.

Ambedue le idee erano convinte che: fosse per la razionalità del consenso democratico, che pretendeva fuggire dalle preferenze soggettive dei giudici avvalendosi dei valori procedurali condivisi; fosse secondo la logica dei diritti e dei principi, che pretendeva fuggire dalla manipolazione retorica della politica legislativa attraverso la fondatezza dei diritti, in un modo o nell'altro, il *Rule of Law* avrebbe trionfato.

Furono però proprio queste peculiarità distintive - si esemplificano in particolare tali peculiarità nelle diverse concezioni di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi -, e non la convergenza ideologica delle scelte interessate nel riadeguamento/riformulazione del diritto americano dopo la Seconda Guerra Mondiale, le quali appoggiavano le posizioni progressiste della *Corte Warren*<sup>630</sup>, che impedirono, concisamente, la messa in pratica di un'idea di diritto - come procedimento giuridico e morale - idonee a produrre risposte

---

<sup>630</sup> Corte Costituzionale Americana, presieduta da Earl Warren, che durò tra 1953-1969, ebbe un ruolo fondamentale nella democratizzazione dei diritti civili negli Stati Uniti. Tra le decisioni paradigmatiche della corte c'è quella del caso *Brown v. Board of Education*, del 1954, che estinse la dottrina *separate but equal*, scatenata nel caso *Plessi versus Ferguson* nel 1886. Vedere, tutta la raccolta di testi di: SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press. 1996.

corrette e a solidificare, una volta per tutte, l'opinione secondo la quale lo stesso sistema assumeva valori fondamentali suscettibili per originare consenso e, anche, come rafforzare gli ideali liberali dell'universalismo, dell'equità e dell'imparzialità.

Nonostante questo, paradossalmente, la società americana enfatizzò una dinamica diretta allo sviluppo civile e tecnologico, in cui nuove proposte presentarono diverse variabili da considerare, alterando la complessità e il destino delle pressioni politiche e sociali, le quali, a loro volta, rappresentarono e scatenarono un periodo definito da Gilmore di *età dell'inquietudine*<sup>631</sup>. Queste nuove variabili trattarono di diversi argomenti precedentemente messi da parte come, per esempio: classe, razza, religione, orientamento sessuale, la cui ripercussione, in generale, mise in evidenza questioni relative alla propria autorità del diritto.

In questo senso, l'autorità del diritto in sé fu vista come un problema, nella misura in cui il passo essenziale della società verso l'uguaglianza, intesa come giustizia sociale, per il riconoscimento di nuove minoranze, finì per indebolire la lealtà politica di altre classi meno abbienti, tutte essenziali, alle proposte liberali e progressiste del benessere sociale.

Il processo politico legislativo fu messo in discussione per l'incapacità istituzionale di rappresentare le opinioni di tutti i gruppi sociali, la rappresentazione delle minoranze passò per il problema iniziale di quali gruppi sociali formerebbero, realmente, le minoranze; le teorie fondamentaliste furono bloccate da difficoltà operative nel determinare/giustificare quali erano i diritti che sarebbero stati privilegiati, i cosiddetti fondamentali e, soprattutto, perché tali diritti sarebbero dovuti prevalere a discapito di altri, sulla scelta democratica e, in generale, sulla politica legislativa<sup>632</sup>.

Il fatto che le decisioni politico-giuridiche siano diventate, per l'innovazione tecnocratica associata allo Stato burocratico moderno, fonte di nuovi

---

<sup>631</sup> GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano., op. cit.,* parte seconda.

<sup>632</sup> Ver: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano..., op. cit.,* p. 13 e seg.

livelli di potere e di ricchezza<sup>633</sup>, fece in modo che si intravedesse, anche considerando lo scetticismo della popolazione rispetto all'autorità statale, un nuovo discorso istituzionale, privilegiando l'analisi del costo/beneficio<sup>634</sup> allá revisione delle idee tradizionali che determinavano l'azione della sfera pubblica.

Furono delineati in questo modo e, ancor più di questo, limitati gli obiettivi del sistema di diritti secondo alcuni concetti economici fondamentali, dove sia gli interessi della società, sia, soprattutto, la concezione di libertà individuale avrebbero dovuto soccombere al tecnicismo determinativo della libertà di mercato.

Si concepì, così, l'analisi economica del diritto sviluppata presso l'università di Chicago come una corrente alternativa e stabile alla costruzione, o meglio, alla nuova interpretazione della convinzione delle basi giuridiche attraverso l'economia marginalista neoclassica soggettivista, dove i precursori, *Director, Coase, Friedman, Becker e Posner*, proposero, pertanto e paradossalmente, come sostenne *Owen Fiss, la morte del diritto*<sup>635</sup>.

Tuttavia se, come detto in precedenza, viene allontanata dal piano l'ipotesi iniziale di Chicago nel fondare il diritto sull'economia - o nella concezione dell'efficienza economica sui modelli dimostrati durante la seconda parte di questo lavoro -, e inoltre, questo allontanamento viene ammesso da parte di alcuni dei suoi precursori, come per esempio Posner, vista la necessità di sfuggire dalle critiche legate all'avvicinamento del movimento al formalismo di Langdell<sup>636</sup>, sorgono delle domande: cosa resta della struttura teorica dell'analisi economica del diritto creata a Chicago? Cosa cambia rispetto ai suoi fini? Esiste la

---

<sup>633</sup> REICH, Charles. The New Property. In: *Yale Law Journal*. N° 73, 1964, p. 733 e succ. Vedere la critica anche in: WEBER, Max. *Estado y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 239.

<sup>634</sup> POSNER, Richard. A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000, p. 1154-77. La stessa vicinanza si riscontra anche in: POSNER, Richard A. *The Frontiers...*, *op. cit.*, p. 121 e succ. Specificamente, vedere il rapporto critico della disciplina dell'analisi di costo-beneficio in: SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000, p. 932-52. Vedere anche la critica in NUSSBAUN, Martha C. The Cost of Tragedy. Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000, p. 1005-36.

<sup>635</sup> Ci si avvale qui del titolo usato da FISS, Owen M. *¿La muerte del Derecho?* In: *Doxa*. N° 10, 1991, p. 122-140.

<sup>636</sup> Ver: MINDA, Gary. The Lawyer-economist..., *op. cit.*, p. 439 e segs.

possibilità che l'analisi economica del diritto sia compresa nell'ambito paradigmatico del contemporaneo Stato Costituzionale di Diritto?

La determinazione al *cambiamento pragmatico* del movimento, intesa anche come analisi economica del diritto post Chicago, il cui desiderio di fuga dal formalismo appellò al concetto secondo il quale l'autorità e l'autonomia della scienza economica di fronte al sistema giuridico era indeterminata, differenziandola dalla proposta iniziale, che voleva dedurre obiettivamente le caratteristiche del sistema giuridico attraverso la teoria economica neoclassica, servì giustamente a, con un nuovo slogan, indicare l'interpretazione del diritto partendo da un sistema razionale di comportamento, il cui punto fondamentale rimase basato sull'interesse economico.

Posner<sup>637</sup>, per quanto riguarda il proprio cambiamento estetico, rimase sulla posizione iniziale del movimento, affermando che l'efficienza era la miglior attitudine da seguire da parte del sistema giuridico. In realtà, la tesi comportamentista proposta da Lewis Kornhauser<sup>638</sup> si mantenne come l'essenza dell'analisi economica del diritto, nella misura in cui ratificò il calcolo razionale dell'apprezzamento costo/beneficio nella comprensione e valorizzazione della natura dei rapporti giuridici.

In altre parole è dire che il sistema dei diritti, in generale, e le norme giuridiche, in particolare, continuarono a essere analogamente rappresentati dal sistema dei prezzi, in cui gli attori giuridici, o consumatori, assunsero una postura razionale, diretta al proprio interesse, la cui concezione nell'efficienza economica era il criterio più ragionevole per distinguere il buon diritto da quello cattivo, cioè, il diritto valido da quello non valido.

Pertanto, le riformulazioni giuseconomiche contemporanee, nell'ambizione di risolvere attraverso la microeconomia le complesse questioni attinenti allo Stato burocratico moderno, nonostante la novità ordinatrice del soggettivismo pragmatico, preservarono la conveniente accettazione, quando

---

<sup>637</sup> POSNER, Richard. What's Has Pragmatism to Offer Law?, *op. cit.*, p.1668.

<sup>638</sup> Oltre alla tesi comportamentista ci sono: la normativa, la fattuale o positiva e la genetica. KORNHAUSER, Lewis A. The Great Image of Authority. In: *Stanford Law Review*. N° 36, 1984, p. 354-5.

necessario, dall'astrazione, dall'universalismo e dalla razionalità scientifica. Nello smentire l'idea del diritto autonomo e nell'indicare la direzione secondo la quale il sistema giuridico avrebbe il dovere di produrre risultati di massimizzazione – ma solo quei risultati determinati partendo dalle ricerche privilegiate dell'analisi strumentale dell'economia –, l'analisi economica del diritto continuò a regolare il sistema giuridico, anche se con un'ambivalenza di paradigmi, imperniato ora non solo sulle proposte del formalismo classico, ma anche, sul pragmatismo.

Il fatto che gli argomenti economico-giuridici post Chicago non fossero più diretti alla diffusione delle risposte corrette al diritto, ma, appunto, secondo l'opinione che il metodo economico sarebbe il miglior metodo esistente tra le scienze sociali, la cui motivazione si inquadra nell'esatto raggiungimento di determinati obiettivi, stabili solamente da un vertice soggiacente diverso la stessa particolare concezione del mondo<sup>639</sup>.

L'economia applicata al diritto, per quanto riguarda l'allontanamento dello studio determinato e obiettivo della scienza moderna, continuò a esplorare la propria rilevanza all'analisi giuridica, nella misura in cui la espose come un sistema indeterminato, infondato, che perciò, avrebbe dovuto accettare l'opinione pratica e funzionale economicista, basata su un discorso di potere e strategicamente armato verso una razionalità normativa *ricaratterizzatrice* dei fattori giuridicamente rilevanti, posti, a loro volta, alla base dell'analisi di costo/beneficio.

In qualsiasi caso, è imprescindibile riferire che non si sta escludendo l'interpretazione pragmatica e realista del diritto e non si sta neppure disprezzando la complessità della vita sociale. In realtà è a causa dell'impegno che il diritto assume in questo periodo della storia dinanzi alla società, che viene allontanata la possibilità che l'analisi giuridica sia pragmaticamente fondata sul principio della massimizzazione della ricchezza, come stabili Posner. Al contrario,

---

<sup>639</sup> DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga., op. cit.*, p. 111, dice in un altro modo, ma con lo stesso significato, che Posner si trova con un'eccessiva fede nella verità della sua morale, nonostante fosse contrario a qualsiasi teoria morale.

è questo stesso pragmatismo economico, la cui pietra angolare è il principio della massimizzazione della ricchezza, che dev'essere, innanzitutto, non ciò che legittima il sistema giuridico, ma ciò che è legittimato dal paradigma dello Stato Democratico di Diritto, la cui ragione sociale è la garanzia dei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani.

Pertanto, si analizza in questa quarta parte del lavoro, oltre alla premessa qui delineata; **capitolo 2: *antigiuridica e antiteorica: le due concezioni del nuovo movimento dell'analisi economica del diritto di fronte ai principia iuris tantum e et in iure. La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale***; 2.1 - *il carattere antigiuridico dell'analisi economica del diritto dinanzi al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: l'economia neoclassica soggettivista della Scuola di Chicago*; 2.2 - *il carattere antiteorico dell'analisi economica del diritto di fronte al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: Il pragmatismo economico post Chicago*; 2.3 - *La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale: possibilità giuridiche dell'analisi economica del diritto post Chicago*; **capitolo 3 - *contribuzioni conclusive alla comprensione del modello di Stato Costituzionale garantista: i vincoli e i limiti imposti dai diritti e dai beni fondamentali alla massimizzazione della ricchezza.***

**Capitolo 2 – antiggiuridica e antiteorica: le due concezioni del nuovo movimento dell’analisi economica del diritto di fronte ai *principia iuris tantum* e *et in iure*. La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale.**

2.1 – Il carattere antiggiuridico dell’analisi economica del diritto dinanzi al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: l’economia neoclassica soggettivista della Scuola di Chicago

Se l’analisi economica, nell’aforisma dei suoi precursori di Chicago – prendendo come base l’inizio del secondo movimento *law and economics* –, per diventare la nuova fonte di motivazione/fondatezza dell’autorità del diritto, avrebbe dovuto dominare tutti i meandri, le strutture e i materiali, interni ed esterni del pensiero giuridico, presentandosi come la ragione dello stesso raziocinio legale. In questo senso, l’analisi economica del diritto, caratterizzata nella sua imposizione teorica e paradigmatica, si mostrò chiaramente in antitesi al paradigma costituzionale garantista in generale, a causa del suo specifico distanziamento democratico sostanziale, cioè, per il suo specifico scollegamento dai limiti e dai vincoli giuridici al potere, fondamento filosofiche/politiche/giuridiche dello Stato di Diritto Contemporaneo.

In questo senso, l’analisi economica del diritto si basò su una teoria che andava in direzione opposta a quella della storia dello Stato Costituzionale contemporaneo, nella misura in cui, per la sua completa soddisfazione, fu necessaria la ricerca della legittimazione giuridica di un paradigma antiggiuridico, un ibrido della già citata fallacia giusnaturalista, che può essere chiamata di *fallacia economico-sostanzialista*, per consolidare una base ontologica al diritto, confondendolo, in questo modo, con un legittimismo economico.

Si identificò, sotto quest’aspetto, la necessità che il diritto – più di essere fondato su una base teorica –, fosse fuso a una determinata teoria economica, la cui conseguenza indicò la direzione verso una rottura del modello stesso di Stato Costituzionale di Diritto, cioè, una rottura sostanziale che si riferisce non solo a quei criteri formali della teoria della validità delle norme – il principio dell’ampia

legalità –, ma definitivamente a quei criteri materiali della teoria della validità delle norme – che determinano dal principio dell’ stretta legalità le garanzie della libertà di tutte le persone.

Inoltre: è opportuno esprimere in modo esplicito che il progetto iniziale del secondo movimento *law and economics* cercava di sostituire la teoria contemporanea del diritto – e con essa, e non poteva essere diversamente, le immagini e le concezioni globali del diritto, dei suoi istituti, della sua logica e del suo contenuto, frutto delle imposizioni causate dalle trasformazioni socio-politiche che marcarono la storia –, per una teoria economica specifica: il marginalismo neoclassico soggettivista.

Per questo è importante chiarire che non si trattava unicamente di una riformulazione etico-politica, che voleva sostituire l’obiettivo dato al punto di vista esterno del diritto con un altro, verso la *economicizzazione*, mantenendo tuttavia inalterata, più che la struttura interna del sistema, la separazione tra il diritto in vigore e la sua giustificazione esterna.

Anzi, se così fosse, la particolare visione giuridica interna avrebbe sofferto, necessariamente, delle influenze che non prenderebbero parte del problema, nel senso di rottura di paradigma, dato che l’obbligo di considerare lo intrinseco carattere performativo del punto di vista esterno etico-politico – *economicizzato* – rispetto ai confronti dello stesso diritto in vigore.

In questo senso, nonostante questa ricerca di carattere economico, che, in generale, la traiettoria giuridica della modernità ha sempre avuto, rimasero protetti i presupposti filosofici-politici liberali/illuministi/utilitaristi/garantisti responsabili per la separazione tra la validità interna – diritto – e la giustificazione esterna – morale/politica/economia – del sistema.

Però, con la cristallizzazione della razionalità giuscostituzionalista rigida del sistema giuridico, questi presupposti e la stessa separazione tra diritto e morale raggiunsero un livello epistemologico molto più alto, soprattutto quando letto alla base del garantismo giuridico, poiché fu il garantismo uno dei responsabili per il rinvigorimento, la messa in luce e l’approfondimento del

discorso precedentemente sopito, tra il metodo tecnico-giuridico e la sua (de)sterilizzazione filosofico-politica. Una specie di vincolo sostanziale della forma, ossia, una congruenza tra mezzi e scopi a garanzia delle aspettative costituzionalmente stipulate<sup>640</sup>.

Ciò vuol dire che il garantismo, da un lato, finì per rendere più nitida questa separazione, proprio a causa del riconoscimento di quei principi assiologici filosofico-politici esterni - libertà, uguaglianza, persona, diritti umani, rappresentazione, separazione dei poteri, sfera pubblica, tra gli altri - divennero principi giuridici convalidati costituzionalmente, ora determinanti interni del dover essere giuridico e responsabile per la proiezione normativa del paradigma costituzionale, i cosiddetti *principia iuris et in iure*; dall'altro, il garantismo stabilì una concezione più rigida di questa distinzione, nella misura in cui cercò di mettere in evidenza la capacità di regolamentazione, la coerenza interna e la gestione funzionale del sistema a partire dal controllo giuridico e materiale della costituzionalità delle leggi, stimolato, a sua volta, dall'intrinseca normatività dei *principia iuris tantum*.

Diversamente da ciò, quello che si proiettò con il secondo movimento *law and economics* fu la fusione di un punto di vista - esterno - nell'altro - interno -, il cui errore elementare, di carattere epistemologico-scientifico, fu la comprensione della razionalità giuridica in un dialogo dei livelli *giusnaturalista* e *giuspositivista*, non prendendo in considerazione, così, qualsiasi livello di rigidità costituzionale, nella misura in cui si sostenne la validità giuridica con la giustificazione teorico-economica in risalto, superando, in un certo modo, anche le basi dello Stato Legislativo di Diritto, ossia, la democrazia formale e il primo positivismo giuridico, alla promulgazione di un modello ideologico e antiggiuridico.

Al contrario, la robustezza del costituzionalismo rigido, identificato nella scientificità e nella teorizzazione di quegli antichi presupposti etico-politici esterni

---

<sup>640</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. op. cit.*, p. 41.

al diritto, i quali divennero norme positive interne all'ordinamento, creò, in questo modo, limiti e vincoli giuridici sostanziali a qualsiasi tipo di potere.

Questi limiti e vincoli giuridici sostanziali - nei quali i termini *limiti e vincoli* sono dettati dall'interazione/tensione logica interna all'ordinamento a partire dai *principia iuris tantum* e che il termine sostanziali mette in evidenza che questa interazione/tensione logica interna dell'ordinamento dipende dalla normatività di quei valori positivati come dover essere costituzionale, i *principia iuris et in iure* - riflettono, oltre la tensione interna all'ordinamento stesso tra vigore e la validità, anche una tensione empirica tra l'effettività sociale e vigore, quest'ultima con una fondamentale peculiarità di applicazione: data la comprensione giuridica della democrazia nello Stato Costituzionale, il riconoscimento dell'ineffettività del diritto viene applicato come antiggiuridico o illegale non solo al comportamento del cittadino individuale, ma specialmente, a tutti i soggetti e organi del diritto, siano essi pubblici o privati.

Il trauma istituzionale, ma soprattutto, giuridico che avvenne - e avviene - tra il costituzionalismo rigido e il secondo movimento *law and economics*, letto attraverso il modello giuridico garantista, risulta evidente nella misura in cui si riconosce che la lettura distorta del pensiero giuridico moderno, in qualche maniera provocata a partire dalla fragilità teorica creata dall'interpretazione dicotomica dei concetti di diritto e di democrazia, finì per permettere, e persino privilegiare, lo sviluppo di una concezione del diritto senza l'ispirazione per dirigere l'obiettivo della forza rigeneratrice della vita pubblica.

In altre parole, nella misura in cui si rompe questa dicotomia e si progetta la democrazia come democrazia giuridica, fondata sulla base di diritti, cioè, secondo la massima che è fallace l'idea della possibile esistenza della democrazia senza diritto, la comprensione della democrazia costituzionale è intimamente legata sia all'analisi empirica delle costituzioni democratiche, sia al paradigma materiale del costituzionalismo contemporaneo. In questo modo, se il diritto è considerato strumentalmente, come lo vogliono gli analisti di Chicago, si allontana sia quest'analisi empirica, sia l'aggiunta paradigmatica costituzionale, la

cui conseguenza è la rottura del meccanismo di ispirazione che unisce, in modo virtuoso, il rapporto tra diritto e democrazia.

Nella misura in cui il diritto è dettato dall'economia, rimanendone alla sua mercè, la democrazia è direttamente dissociata da esso, e, inoltre, messa in rischio, persino nel suo aspetto formale, destinato alle autonomie, sia nell'ambito politico, sia in quello civile, dato che la minaccia ai cosiddetti diritti primari, posti come ragione sociale dello stato costituzionale, fondamento della democrazia sostanziale - i diritti della libertà e i diritti sociali - diventa anche un fattore di crisi di quei diritti-poteri di autonomia, la cui effettività dipende soprattutto dalla garanzia dei primi.

Esiste un ultimo aspetto che, nonostante sia già stato indicato sin dall'inizio di questa ricerca, dev'essere evidenziato come il risultato della discussione che interessa il secondo movimento *law and economics* e il paradigma costituzionale contemporaneo, portato a termine dalla comprensione garantista, più specificamente quando considerata la direzione stabilita dalla democrazia sostanziale: la garanzia dei diritti fondamentali.

Con la rivitalizzazione e l'allargamento della razionalità materiale, come pure della virtuosa relazione dei concetti diritto e democrazia nella formazione della concezione di Stato Costituzionale e Democratico di diritto, dove il *diritto* è più che - la garanzia dell' - esercizio dell'autonomia privata, poiché comporta oltre alla garanzia dei diritti di libertà e sociali, - la garanzia dell' - esercizio della democrazia politica; e che *democrazia* è più che - la garanzia dell' - esercizio dell'autonomia politica, fissata secondo i principi di rappresentazione e del suffragio universale, poiché comporta anche, oltre alla garanzia dei diritti di libertà e di quelli sociali, inclusive lo - (la) garanzia dell' - esercizio dei diritti dell'autonomia privata, con l'incremento e il rafforzamento del carattere universale e indisponibile di alcuni diritti, ma anche l'incremento e il rafforzamento delle differenze inesorabili, escludenti una dall'altra.

In questo senso, non solo, ma proprio perché si percepì l'armonia virtuosa del rapporto, nello Stato Costituzionale, tra il diritto e la democrazia, vi

fu la possibilità di costruire tutto l'apparato democratico sotto le vesti giuridiche e, di conseguenza, di produrre/applicare democraticamente il diritto; non solo, ma proprio perché il diritto e la democrazia non si escludono, ma si costruiscono mutuamente all'interno dello Stato Costituzionale, che quelle proposte di fusione del diritto nell'economia, pertanto, appaiono come proposte definitive, che mirano alla rottura giuridica e, per questo, democratica del/con lo Stato Costituzionale.

Ciò vuol dire che il secondo movimento della *law and economics*, più che qualsiasi altro discorso politico-ideologico inquadrato in uno spazio speculativo autonomo, critico e progettuale nei paragoni dello stesso Stato Costituzionale Democratico Moderno, è una rottura giuridico-istituzionale: da un lato, perché propone un cambiamento teorico e strutturale alla concezione di diritto e, nonostante, alla democrazia, costruita come teoria giuridica, poiché intimamente legata, allegata, alla quantità e alla qualità dei diritti a essa inseriti; dall'altro, perché nel proporre questo cambiamento teorico e strutturale alla concezione di diritto, oltre a ignorare, smantella la normatività strutturale dello stesso sistema giuridico, non più sottomesso, ma determinate di limiti e di vincoli nei conflitti della politica e, in particolare, dell'economia.

In questo modo, si può dire che la stessa interpretazione di ingiusto, invalido e ineffettivo, che comporta, nel vocabolo teorico garantista, le tre tensioni deontiche secondo le quali la teoria del diritto entra in sintonia con il paradigma costituzionale, viene disegnata a partire da un altro modello, cioè, quello della teoria economica marginalista soggettivista.

Nel ridurre tutti i valori giuridici alle preferenze individuali incomparabili tra loro, e, ancor più di questo, nel determinare che tali preferenze sono, teoricamente e astrattamente, *standard* alle loro soddisfazioni giuridiche, l'analisi economica del diritto si avvale del disegno dell'efficienza per dettare la soddisfazione/protezione dei diritti secondo il paradigma economico. Tale attitudine produsse seri effetti in due ampi aspetti del diritto contemporaneo. Un

equivoco irreparabile che distrusse la stessa concezione di libertà, dalla quale sia il diritto sia la democrazia ne sono frutto.

Nella misura in cui tutti i valori giuridici vengono ridotti a un livello di preferenze e tutte le preferenze hanno un'importanza standard alla loro soddisfazione/protezione da parte della sfera pubblica, questi valori giuridici, trasformati in preferenze, cessano di avere il carattere intrinsecamente normativo di diritti positivi, siano essi costituzionali o infracostituzionali, per essere risolti dal criterio economico dell'efficienza, la cui normatività protegge/soddisfa il diritto che è più efficiente, allontanando, o meglio, ignorando così sia la differenza esistente tra i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali, ma anche la formula garantista tra i diritti fondamentali primari, di libertà e sociali, e i diritti fondamentali secondari, o di autonomia<sup>641</sup>.

In questo caso, se l'analisi economica del diritto non identifica in nessun modo la differenza tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, in generale, quello che si può sperare da questa proposta paradigmatica, basata sull'efficienza economica, quando l'argomento si riferisce alla garanzia dei diritti destinati alla manutenzione della sostanza della democrazia, nella misura in cui ciò che è in gioco è la stessa ragione sociale dello Stato Costituzionale, cioè, la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali?

Inoltre: se non bastasse questa non identificazione differenziale tra i diritti fondamentali e quelli patrimoniali, il risultato di un'analisi economica del diritto, per coincidenza o no, indica, nella maggior parte dei casi, alla protezione dei diritti patrimoniali a scapito dei diritti fondamentali, il che definitivamente innalza il carattere, ci si arrischia a dire, *anticostituzionale* dell'analisi economica del diritto, secondo il quale si intende costituzionale come patto fondante della convivenza tra uguali, la cui ragione mira alla soddisfazione delle necessità vitali di tutti.

---

<sup>641</sup> Vedere la proposta un tanto diversa di: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Evidentemente, dire che l'analisi economica del diritto è anticostituzionale significa ammettere l'equivoco creato dalla possibilità di imporre lo stesso livello normativo a diritti che posseggono differenze sostanziali ed escludenti una dall'altra. È come se fosse possibile, o costituzionale, privilegiare, mediante criteri economici di efficienza, un'azione negoziale singola che violasse, o semolicemente mettesse a rischio, diritti primari o sociali, come la libertà di spostamento o di espressione; o il diritto alla salute, per esempio. Anzi, è come se, nella peggiore delle ipotesi, fosse possibile compensare economicamente i titolari dei diritti fondamentali che, in un futuro ipotetico, fossero violati attraverso azioni negoziali singole.

La concezione che un diritto patrimoniale non sarà mai un diritto fondamentale si sostiene per mezzo dell'abisso strutturale che, nel costituzionalismo contemporaneo, ammette i secondi come universali, indisponibili e disposti secondo *norme tetico-deontiche*, mentre i primi sono singoli, disponibili e predisposti secondo *norme ipotetico-deontiche*.

Nonostante tutto ciò, è espressamente ignorato dall'analisi economica del diritto che è attraverso l'uguaglianza nei diritti fondamentali primari, di libertà/sociali, e non solamente da quei diritti fondamentali secondari, di autonomia privata o civile, gli unici ammessi, anche se in modo conveniente, dai giuristi, che è possibile sia l'esercizio di questi ultimi, che prevede la possibilità che tutte le persone capaci di agire di essere proprietari - uguaglianza giuridica -, sia la possibilità delle persone di disporre dei beni individuali dei quali sono proprietari - disuguaglianza giuridica.

Così, considerando questa rottura giuridica o, per meglio dire, questo concetto antiggiuridico del diritto, l'obiettivo dato all'analisi economica del diritto dai precursori della Scuola di Chicago è anche un obiettivo teorico, perché fondato su una teoria, in questo caso una teoria economica, però, se analizzata seriamente, scivola in un *errore economico-sostanzialista*, il cui risultato, questo sì di conseguenza, la pone in una posizione antiggiuridica, nel senso di antietico rispetto

allo Stato Costituzionale e garantista, sviluppato a partire dal secondo dopoguerra.

In sintesi, l'antigiuridicità dell'analisi economica del diritto rompe con tutta la struttura dello Stato di Diritto contemporaneo: in generale, con quello che viene disposto dal principio della legalità in senso stretto, risultato dell'evoluzione epistemologica e teorica della separazione tra diritto e morale; nello specifico, con l'uguaglianza nei diritti fondamentali, nella misura in cui permette la manifestazione di poteri sregolati e assoluti, come sono caratterizzati i poteri economici, responsabili sia per l'indebolimento della sfera privata, luogo dove si sviluppano i veri diritti di libertà, sia nella confusione di questa con la sfera pubblica, responsabile per la garanzia dei diritti e, ovviamente, della democrazia stessa.

2.2 - il carattere antiteorico dell'analisi economica del diritto dinanzi al paradigma dello Stato Costituzionale garantista: il pragmatismo economico post Chicago

Bisogna ammettere che, in primo luogo, è concepito in modo strutturalmente differente il principio della massimizzazione della ricchezza come obiettivo pragmatico del diritto, trasmesso a questi tramite la convinzione nella propria flessibilità del sistema giuridico, che non rompe direttamente con il paradigma giuridico dello Stato di Diritto, nel senso teorico di proporre un altro paradigma soggiacente a questo, ma si dimostra come fattore relativizzante e, persino, contraddittorio della base stessa dello Stato di Diritto contemporaneo, i diritti fondamentali<sup>642</sup>, nella misura in cui non ritiene necessaria qualsiasi teoria fondata nell'uguaglianza materiale dei diritti che gli soggiaciono.

In questo senso, il rimodellamento dell'analisi economica del diritto con questo taglio pragmatico, destinato alla massimizzazione della ricchezza, non si caratterizza direttamente e, in un primo momento, come antigiuridico. È però

---

<sup>642</sup> DWORKIN, Ronald. *La giustizia con toga.*, op. cit., p. 35 chiama la proposta pragmatista dell'analisi economica del diritto di antiteorica.

corretto affermare che si tratta di una concezione antiteorica del diritto? Il fatto di sorreggersi su una opzione pragmatica, la cui idea è imperniata nella *sperimentazione funzionale* alla ricerca della produzione *delle conseguenze migliori* per le decisioni della sfera pubblica, finisce per aggiungere la mancata necessità della giustificazione/fondatezza, mediante la teoria costituzionale, di qualsiasi meta economico sociale concreta?

L'approccio delle domande anteriori passa attraverso l'analisi delle conclusioni di questa ricerca e, in questo senso, è importante evidenziare che l'indicazione di quelle conseguenze migliori e l'argomento della mancata necessità delle sue basi teoriche, le quali si ripercuotono sulle decisioni della sfera pubblica, devono essere considerate da punti di vista specifici che, tuttavia, finiscono per rinvigorire, attraverso altri percorsi, se non la stessa proposta teorica dei precursori del secondo movimento dell'analisi economica del diritto, lo stesso aspetto ideologico.

Sostanzialmente, l'argomento pragmatico secondo il quale viene disposta la strategia per ristabilire l'analisi economica del diritto sui modelli, si può dire, post Chicago, ha due ampi obiettivi, uno esterno e l'altro interno, ovviamente correlati.

In una prospettiva interna, l'analisi economica post Chicago cercò di stabilire una fuga della censura accademica - che ha messo in questione l'efficienza economica come criterio basilare del diritto -, definendo pertanto la massimizzazione della ricchezza sociale come meccanismo pragmatico adatto a produrre un diritto più intuitivo e flessibile, senza che, per questo, l'economia diventasse la nuova fonte di legittimazione e di autonomia del sistema giuridico.

Già nel suo ambito esterno, l'analisi economica si diresse al pragmatismo per, in alcun modo, ridiscutere il contratto sociale astenendosi da questioni filosofico-teoriche e, in questo modo, innalzare la concezione secondo la quale era necessario produrre delle conseguenze migliori per la società, presentando soluzioni che realmente funzionassero quando messe alla prova delle analisi di costo/beneficio.

L'esempio chiaro di queste affermazioni sorge dal risultato del tentativo di allontanare sia il movimento dell'idea di efficienza economica, rendendo possibile la ricerca della massimizzazione della ricchezza, come quello di contestare il ruolo dell'efficienza come nucleo teorico del movimento, enfatizzando la sua visione pragmatica.

Tuttavia, è fattibile la possibilità di ammettere che la proposta di massimizzazione della ricchezza come nucleo dell'argomento interno dell'analisi economica post Chicago non si allontana, in nessun modo, delle critiche sulla concezione totalizzante di efficienza economica applicata al diritto, o del diritto stare messo a servizio dell'economia. I capovolgimenti epistemologici del movimento post Chicago consentirono una rilettura del carattere strumentale del diritto dinanzi all'economia e non viceversa.

In primo luogo, la massimizzazione della ricchezza non si dimostra come un'altra alternativa all'efficienza economica, differente dai modelli di Pareto o di Kaldor-Hicks, visto che funziona come una specie di base normativa allegata all'efficienza stessa, una specie di *economicizzazione della sostanza giuridica* che legittima l'applicazione della forma già resa economica del diritto: la ricerca della massimizzazione della ricchezza - sostanza - autorizza l'utilizzo dell'efficienza - forma - attraverso il diritto.

In secondo luogo, la massimizzazione della ricchezza come sostanza da attingere da parte del diritto, anche non si distanzia dall'efficienza economica per servire di base normativa a un'altro criterio formale per l'allocazione di risorse. In realtà, viene applicata come congettura della proposta paradigmatica evidenziata dal movimento al diritto, che cercò di cambiare il suo meccanismo senza, per questo, ripensare le sue idee.

Anzi, al contrario, la massimizzazione della ricchezza si mette in luce come criterio uniformante e delimitante di quelle preferenze individuali incomparabili tra loro, permettendo un adeguamento molto più nitido e rigoroso del modello giuridico che la stessa analisi economica propose.

Ma non solo questo: la proposta della massimizzazione della ricchezza come un valore sociale genuino, oltre a limitare le preferenze individuali alla ricchezza come bene supremo da esser preso in considerazione dal sistema dei diritti, essa, con questa limitazione, implementò nuovamente e rese possibile il paragone interpersonale del benessere, o meglio, della ricchezza, senza tuttavia permetterne la sua redistribuzione. Fu una specie di potenziatore dell'applicazione dell'efficienza economica al diritto.

Trattandosi di enfatizzare l'obiettivo pragmatico dell'analisi economica del diritto, la proposta della massimizzazione della ricchezza apre la strada anche alla possibilità di proporre un ricondizionamento istituzionale del diritto, ossia, un ridimensionamento del sistema di controllo di costituzionalità delle leggi e delle decisioni giudiziali, sviluppato a partire dal paradigma dello Stato Costituzionale per l'analisi di costo/beneficio del diritto da garantire. Una specie di emergenza costituzionale provocata dalla concezione di eccezione economica pragmatica, capace di modificare la forma generale del controllo di costituzionalità, delle garanzie giuridiche e dell'applicazione del diritto.

Il pragmatismo dell'analisi economica del diritto, in questo modo, non cessò di essere una forma di rifiuto non solo della teoria del diritto destinata al paradigma costituzionale, ma, in qualche misura, al paradigma stesso, attraverso il tentativo di sovvertire il suo nucleo essenziale e inalienabile dei diritti all'alienabilità della ricchezza, il cui fine è la massimizzazione.

In sintesi: l'analisi economica proposta dai precursori di Chicago aveva nella teoria economica marginalista soggettivista la fedele sostituta del paradigma giuridico teorico destinato alla garanzia dei presupposti eretti dallo Stato Costituzionale del secondo dopoguerra; l'analisi economica post Chicago rifiutò la base teorica sulla quale si fondò il paradigma del diritto contemporaneo senza, con questo, proporre espressamente un'altra base per lo Stato Costituzionale.

In qualsiasi caso, il rifiuto delle altre teorie non volle dire, di per sé, l'assunzione di un carattere antiteorico rispetto al diritto. L'analisi economica del diritto post Chicago, nella sua proposta generale, ebbe una chiarezza teorica

capace di raggiungere - e modificare - in maniera paradigmatica, il nucleo essenziale dello Stato di Diritto contemporaneo, sia per avvalersi delle nuove forme di proprietà, che dipendevano dalla libertà pubblica, sia per vincolare il diritto al meccanismo di mercato: in un modo o nell'altro, il risultato indicò la scarsità, però, non per la scarsità delle risorse, oggetto dell'economia neoclassica soggettivista, ma per quella legata alle garanzie giuridiche fondamentali di tutti gli esseri umani.

### 2.3 - La difesa delle basi garantiste dello Stato Costituzionale: possibilità giuridiche dell'analisi economica del diritto post Chicago

La complessità strutturale e la pluralità teorica con le quali si disegnarono le proposte per analizzare economicamente il diritto non offuscarono la nitidezza con la quale il secondo movimento dell'analisi economica, in generale, e la sua versione più recente post Chicago, in particolare, si addentrarono nel pensiero giuridico contemporaneo.

Specificamente rispetto a quest'ultima posizione, in modo sintetico è possibile fare il seguente riassunto esterno della proposta: si formulò una specie di ambivalenza indeterminata, la cui convinzione nella concezione di diritto flessibile e intuitiva finì per potenziare una componente normativa fissa all'efficienza economica: la massimizzazione della ricchezza. A partire da ciò, furono ricaratterizzati i fattori giuridicamente rilevanti, i quali furono dettati e determinati dall'analisi merceologica di costo/beneficio. Internamente, invece, il raziocinio poté seguire il seguente modello: se tutti i valori giuridici, indistintamente, furono ridotti a delle preferenze e, in questo modo, si privilegiò la soddisfazione della preferenza - o del diritto - economicamente più efficiente, fu determinata la preferenza più rilevante giuridicamente per: da un lato, renderla paragonabile; dall'altro, per privilegiare un valore sociale genuino adatto a vincolare la decisione politica/giurisdizionale all'economia e rifiutare qualsiasi teoria costituzionale *a priori*.

In qualsiasi caso, sono numerosi i dubbi e le domande rispetto ai più svariati temi, interni ed esterni, che la proposta di analisi economica del diritto comprende. Quelle qui poste ebbero un obiettivo appurato e paradigmatico: L'analisi economica del diritto - come fu ampiamente indicata dal secondo movimento iniziato presso l'Università di Chicago e, in particolare, nella sua riadattazione post Chicago - esaminata secondo la prospettiva dello Stato Costituzionale di Diritto che, nella determinazione garantista, ha nella democrazia sostanziale il suo nucleo rigido.

È da questa previsione che sorgono le domande: fino a che punto è possibile - e importante - accettare che non esiste una teoria ben appurata soggiacente a questa determinazione antiteorica dell'analisi economica del diritto post Chicago? Come, in tale prospettiva - di possibilità/importanza - non mettere a rischio l'idea stessa di Stato di Diritto e della democrazia da questo dipendente, nella misura in cui ambedue sono fondati su una tesi basata nella garanzia di diritti fondamentali? Come sarebbe plausibile adeguare l'analisi economica del diritto al paradigma contemporaneo dello Stato Costituzionale e Democratico di Diritto, ai suoi limiti e vincoli provocati dalla normatizzazione dei diritti fondamentali? Come smantellare il carattere arbitrario dei vincoli economici proposti dal secondo movimento dell'analisi economica del diritto, nella misura in cui la stessa sostanza della democrazia passa attraverso il processo costituente democratico, proprio quel processo che il secondo movimento dell'analisi economica del diritto ne vuole rinnegare l'importanza?

In realtà, per la non rottura con lo Stato di Diritto secondo il modello del costituzionalismo contemporaneo, né la sua minaccia o debolezza, ma mantenendo arricchita la possibilità di considerare la proposta di praticità funzionale al diritto dell'analisi costo/beneficio, per esempio, è necessario che il nesso dell'obbligo della sfera pubblica alla presa di decisioni parta dall'ambito dei diritti costituzionalizzati, quelli fondamentali e, perciò, *indecidibili*, che vincolano sia il potere pubblico alla sua soddisfazione e protezione, ma anche l'autonomia privata alla proibizione della sua lesione e disposizione.

Ammettere la massimizzazione della ricchezza come un diritto-potere protetto dallo Stato Costituzionale e l'efficienza come meccanismo per la sua applicazione, tuttavia, non può essere scartato, nella misura in cui ambedue siano unicamente dirette all'esercizio dell'autonomia, sia politica, nelle specifiche e determinate funzioni di governo, in cui non entrano in gioco le garanzie di soddisfazione e di non lesione di diritti fondamentali; sia privata nelle prese di decisione del mercato, sottoposte, ovviamente, ai limiti sostanziali imposti dal paradigma costituzionale.

Questo vuol dire che, massimizzare la ricchezza è possibile sempreché il raggio d'azione della massimizzazione della ricchezza rispetti i limiti strutturali/materiali inconfondibili, posti dal sistema giuridico e non al contrario, come progettò l'analisi economica del diritto.

### Capitolo 3 - contribuzioni conclusive alla comprensione del modello di Stato Costituzionale garantista: i vincoli e i limiti imposti dai diritti e dai beni fondamentali alla massimizzazione della ricchezza

La grande innovazione teorica del sistema di diritti garantista nella messa a punto del costituzionalismo contemporaneo fu appunto portare alle ultime conseguenze l'esperienza storica della concezione democratica, ricorrendo alla fondatezza dei diritti - e dalle loro rispettive garanzie - per raggiungere tale fine.

Questa prospettiva è interpretata nella misura in cui si abolirono i due più grandi miti dello Stato Contemporaneo: *Il mito della libertà*, come sfera di azione privata illimitata, ma detentrica dei diritti e *il mito della democrazia*, come esercizio del potere politico svincolato giuridicamente<sup>643</sup>. Più che questo, si può affermare che il sistema garantista di diritti, per avvalersi in modo impreteribile dell'armonico rapporto tra diritto e democrazia, in cui l'attuazione della sfera pubblica, nel suo binomio di articolazioni funzionali - funzioni di governo e funzioni di garanzia - ha un ruolo cruciale, e è uno dei grandi responsabili nel mantenere viva la convinzione nell'autonomia del diritto.

In questo senso, per tutto quello che fu detto, l'essenza di questo lavoro, mirato al garantismo Costituzionale, rompe con il secondo movimento *law and economics* - compresa la modifica post Chicago - nel tentativo di analizzare economicamente il diritto; ma ammette, proprio perché punta su questo stesso garantismo costituzionale, che sia garantita dal diritto la possibilità a tutte le persone capaci di agire di massimizzare la propria ricchezza.

In altre parole, se è vera la massima basata sull'ipotesi per cui i beni devono stare nelle mani di chi paga di più per essi, come propose Posner, è anche vera la massima secondo la quale tali beni suscettibili a questa affermazione

---

<sup>643</sup> La rottura di questi due miti può produrre un terzo mito, ossia, *il mito dell'impossibilità della democrazia*, che smantella il *Teorema di Arrow*, il quale, in generale indica che nessun sistema di democrazia politica può classificare, senza paradossi, le preferenze individuali in una comunità. Vedi: ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: *The Journal of Political Economy*. N° 4, Vol. 58, 1950, p. 328-46. Tra quelli che discutono il *Teorema di Arrow* vedi, per tutti: SEN, Amartya. *Scelta, benessere, equità. op. cit.*, p. 51 e segs.

devono essere unicamente quelli di carattere patrimoniale, la cui caratteristica innalza la sua disponibilità e alienabilità<sup>644</sup>

I beni patrimoniali sono disponibili sul mercato e sono oggetto d'azione sia dell'autonomia privata, sia dell'autonomia politica. Sono, in qualsiasi caso, regolati dal diritto e la sua disponibilità dipende esclusivamente dal fatto che non sia in gioco la garanzia di diritti fondamentali primari, il cui oggetto sono i cosiddetti beni fondamentali, caratterizzati come *beni personalissimi*, *beni comuni* e *beni sociali*.

I beni fondamentali, che sono oggetto dei diritti fondamentali primari, sono severamente protetti dal paradigma costituzionale sia della logica del mercato, sia delle delibere politiche, nella misura in cui sono assunti come vitali alla soddisfazione di quei diritti fondamentali, per questo, sia la loro disposizione è vietata, nel caso dei beni personalissimi e comuni, ma anche la loro prestazione è obbligatoria, nel caso dei beni sociali.

I beni personalissimi e quelli comuni hanno nei diritti della libertà, negativi e positivi, rispettivamente, il loro legame costituzionale, il cui risultato è il divieto fondamentale dell'appropriazione delle risorse irriproducibili, qualsiasi esse siano, esemplificando: gli organi del corpo umano, per quanto riguarda ai primi; i beni ecologici, relativamente ai secondi. Beni sociali hanno nei diritti sociali di sussistenza il proprio legame costituzionale, il cui risultato è l'obbligo fondamentale alla loro prestazione, qualsiasi essi siano, per esempio: l'acqua, il cibo, le medicine essenziali alla vita.

Quello che si vuole dire è che il riconoscimento di alcuni beni come fondamentali ha una legittimità nella misura in cui fanno parte indiscutibile del progetto garantista del diritto - Stato Costituzionale del Diritto -, la cui normatività, destinata a garantire a tutti la sopravvivenza degna, fa in modo che si assumano come inalienabili e indisponibili beni naturali e beni artificiali.

---

<sup>644</sup> La caratterizzazione qui disposta sui beni patrimoniali e beni fondamentali segue il testo: FERRAJOLI, Luigi. *Beni fondamentali*. Nel prelo.

Inoltre: fa in modo, dal punto di vista teorico e normativo, da un lato, i rapporti di mercato non trasformino i beni fondamentali in beni patrimoniali; dall'altro, si assumano come beni fondamentali anche i beni che, al di fuori del paradigma dello Stato Costituzionale, con l'uso della tecnologia e della scarsità stessa, potevano essere - e una volta lo furono - riconosciuti come beni patrimoniali, e non lo sono proprio perché il diritto sottopone, rigorosamente, il mercato a limiti e la politica a vincoli, ambedue fondamentali.

È pur vero che per la *mainstream economics* l'uomo dell'economia è l'*homo oeconomicus*, poiché ha definitivamente a che fare con la ricchezza e con la sua massimizzazione, ovviamente, massimizzare la ricchezza è l'oggetto della scienza economica, nella misura in cui, nel dire classico di *Robbins*, l'economia studia mezzi efficienti - scarsi - per raggiungere i fini prestabiliti. Tuttavia, nonostante il tentativo di economizzazione del diritto per implementare anche tale visione dell'uomo verso il paradigma giuridico, definitivamente, non fu questa visione dell'uomo con la quale si rifornì lo Stato Costituzionale di Diritto.

L'uomo costituzionale, in qualsiasi caso, non è l'*homo oeconomicus*, ma invece l'*homo complexus* - nonostante il primo faccia parte del secondo -, la cui peculiarità fondamentale, si può dire, cercò di scoprire qualsiasi teoria fondata sull'antagonismo limitante tra i concetti di diritto e di democrazia, pre credere che, in questo modo, garantirebbe a tutte le persone, indistintamente, lo sviluppo delle proprie personalità senza, per questo, non sradicare poteri assoluti.

## REFERENZE BIBLIOGRAFICHE

ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. 3. ed. aggiornata e ampliata. Torino: UTET Libreria, 2008.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AMIRANTE, Carlo. Il modelo costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia. In: GABINO, Silvio (org). *Democrazia e forma di governo: modelli stranieri e riforma costituzionale*. Rimini, 1997.

AMUCHASTEGUI, Jesús González. El análisis Económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. In: *Doxa*, n° 15-16, 1994, p.937 e segs.

ANDERSON, Elizabeth. *Value in Ethics and Economics*. USA: Harvard University Press, 1993.

ARROW, Kenneth J. 2.ed. *Social Choice and Individual Value*. NY: John Wiley & Sons, inc., 1963.

ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: *The Journal of Political Economy*. N° 4, Vol. 58, 1950.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo: lezioni e documenti*. Torino: Giappichelli editore, 2007.

AUSTIN, John. *The province of Jurisprudence Determined*. New York: The Noonday Press, 1954.

BACON, Francis. *Ensaio*. 3. ed. Lisboa: Guimaraes editores, 1992.

BARBERIS, Mauro. Introduzione. In: KELSEN, Hans. *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1998.

BARROW, Clyde. When Political Science Was Not a Discipline: Staatswissenschaft and the Search for a Method of Economic Interpretation. *Annual meeting of the*

- Western Political Science Association. Marriott Hotel, Portland, Oregon, Mar 11, 2004.  
Disponibile in: [http://www.allacademic.com/meta/p88082\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p88082_index.html).
- BEARD, Charles A. *An economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Free Press, 1986.
- BEAUD, Oliver. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement Du nazisme*. Paris: Descartes, 1997.
- BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- BENDA, Ernst. *La salvaguarda de la dignidad humana (artículo 1de la ley fundamental)*. In: SEGADO, Francisco Fernández (editor). Madrid: Dykinson, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. N.Y: Dover Publications Inc., 2007.
- BENTHAM, Geremy. *Of Laws in General*. London: The Athlone Press, 1970.
- BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol 1. Chapter I: *Introduction*. Disponibile in: <http://oll.libertyfund.org/title/1922/114390>.
- BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol. 1. Chapter: *A fragment on Government*. Disponibile in: <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p. 195-201., Jan/Jun., 2003.
- BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BLOCH, Ernest. *Diritto naturale e dignità umana*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 2009.

- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli Editore, 2006.
- BOBBIO, Norberto. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e liberta*. Torino: Einaudi , 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5.ed. Brasília: Ednub, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Il pensiero politico di Hobbes - 1987*. Disponibile in: <http://www.4shared.com/dir/9011862/ba1eb697/sharing.html>.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BOLZAN de MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BOLZAN de MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo horizonte: Del Rey, 1993.
- BONGIOVANNI, Giorgio. Stato di diritto e Giustizia Costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. 3.ed. Milano: Feltrineli, 2006.

- BOTTOMORE, Tom. Introduction to the translation. In: HILFERDING, Rudolf. *Finance Capital . A study of the latest of capitalist development*. London New York: Routledge: 2006. p., 1-17.
- BOVERO, Michelangelo. La filosofia política de Ferrajoli. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. (org.). *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.
- BOVERO, Michelangelo. Diritti e democrazia costituzionale. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- BOVERO, Michelangelo. *Contro il governo dei peggiori. Una gramática della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2000.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Scelte tragiche*. Giufrè Editore: Milano, 2006.
- CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. In: *Hofstra Law Review*. N° 8, 1980.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, Liability rules, and Inalienability: on view of the Cathedral. In: *Harvard Law Review*. N° 6, vol. 85, 1972.
- CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*. USA: Yale University Press, 1970.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 70. N° 4, 1961.
- CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. *Doxa*. N°4, 1987.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. N° 25, 2002, p. 303-331.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1988.
- CAPPIELLO, Stefano. L'interazione tra economia e diritto. In: CIOCCA, Pierluigi; MUSU, Ignazio. *Economia per il diritto*. Torino: Bollatti Boringhieri, 2006.

- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (orgs.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli Editore, 2009.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Law and Economics: l'analisi econômica del diritto negli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli Editore, 1992.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In: *Journal of Law and Economics*, October, 1960.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. N° 4. *Economica*,(n.s.), 1937.
- COHEN, Felix. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. In: *Columbia Law Review*. N° 35, 1935.
- COLE, David. The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11. In: *Stanford Law Review*. N° 59. 2007.
- COLEMAN, Jules. *Markets, Morals, and the Law*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- COMMONS, John. *Institutional economics*. New York, McMillan, 1934.
- COMMONS, John. Law and Economics. *Yale Law Journal*. N° 34, February, 1925.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONSTANT, Benjamin. *La liberta degli antichi paragonata a quella dei moderni*. Macerata: Liberilibri, 2001.

COOTER, Robert; Et al. *Il mercato delle regole. Analisi econômica Del diritto civile: I. Fondamenti*. Bologna: Mulino, 2006.

COOTER, Robert; RAPPOPORT, Peter. Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics? In: *Journal Economics Literature*. Nº 22, 1984.

COPETTI NETO, Alfredo; MAGALHÃES GUBERT, Roberta. A retomada da filosofia pelo direito. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1 , nº 5: Porto Alegre: IHJ, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. [Aportes filosóficos à compreensão do princípio da dignidade humana: os \(des\)caminhos do direito constitucional](#). Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

COSTA, Pietro. Lo Stato di diritto: un'introduzione storica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*.3.ed. Milano: Feltrineli, 2006.

Constituzione di Weimar del 1933. Disponibile su: <http://web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob13.html>.

CRAIG, Paul. P. *Public Law and Democracy in the United States and the United Kingdom*. USA: Oxford University Press, 1991.

CRISTI, Renato. *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State Free Economy*. Cardiff: University of Wales Press, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

D'AGOSTINI, Franca. *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1997.

DAHL, Robert A. *Sulla democrazia*.2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.

DAHRENDORF, Ralf. *Per un nuovo liberalismo*. Roma-Bari: Laterza, 1988.

DAHRENDORF, Ralf. *O Liberalismo e a Europa: Entrevista com Vincenzo Ferrari*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

DARWIN, Charles. *The Origin of Species*. Oxford–New York: Oxford University Press, 1998.

*Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível in: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Bauru. Edipro, 1996.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Boston: Adamant Media Corporation, 2005.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Why Efficiency? In: *Hofstra Law Review*. N°8, 1980.

Emenda à Constituição Federal Brasileira de 1988 N°19 de 04 de Junho de 1998. vedere in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm).

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. USA: Harvard Paperbacks, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Beni Fondamentali*. Nel prelo.

FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “derecho y razón” in: Gianformaggio, Letizia. *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali e sfera pubblica internazionale. In: SALVATI, Mariuccia. *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*. 2.ed. Roma ediesse, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. Roma-Bari :Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*. Roma-Bari :Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Lo stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. 3.ed. Milano: Feltrineli, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. II. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* . Roma-Bari: Laterza, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. I. Diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico* . Roma-Bari: Laterza, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. III. I fondamenti dei diritti fondamentali: In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* . Roma-Bari: Laterza, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad externado de Colômbia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Roma-Bari: Laterza, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*. Disponibile in: <http://www.costituzionalismo.it/stampa.asp?thisfile=art20081121-1.asp>.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

- FISS, Owen M. ¿La muerte del Derecho? In: *Doxa*. N° 10, 1991.
- FRIED, Barbara H. *The progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the first law and economics movement*. 2.ed. USA: Harvard University Press, 2001.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. New York: Touchstone, 1985.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.
- FRIEDMAN, Milton. The methodology of Positive Economics. In: *Essays in Positive Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- GALBRAITH, John Kennet. *Storia dell'Economia*. 11.ed. Milano: BUR, 2006.
- GERBER, Carl Friedrich Wilhelm Von. Sui diritti pubblici e Lineamenti di diritto pubblico tedesco. In: *Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 3-87 e 89-213.
- GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Milano: Giuffrè, 1991.
- GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROSSI, Paolo. Proprietà e contratto. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- GUASTINI, Ricardo. Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo. in: Gianformaggio, Letizia. *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.
- GUASTINI, Ricardo. Tre problemi di definizione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- HABERMAS, Jürgen. *Storia e critica dell'opinione pubblica*. 2.ed. Roma-Bari: Laterza, , 2002.
- HALE, Robert. Our Equivocal Constitutional Guaranties. *Columbia Law Review*. N° 39, 1939.
- HALE, Robert. Force and the State: A comparison of "Political" and "Economic" Compulsion. In: *Columbia Law Review*. N° 35, 1935.
- HALE, Robert. Coercion and Distribution in a supposedly Noncoercive State. In: *Political Science Quarterly*. N° 38, 1923.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*. 4.ed. Bergamo: BUR, 2007.
- HARGREAVES-HEAP, S.; HOLLIS, M. Economic man. In: EATWELL, J. et. al. *Palgrave dictionary of economics*, v. 2, 1991.
- HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HART, Henry M. Jr.; SACKS. Albert M. *The Legal Process: Basic Problems in the Making an Application of Law*. Chicago: Foundation Press, 1994.
- HASSEMER, Winfried. Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana. In: *Ars Interpretandi: Anuario di Hermenêutica Giuridica*. Padova: Cedam. n. 10, 2005.
- HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad. Tomo primero*. Valencia: Fomento de cultura ediciones, 1961.
- HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume II. A miragem da justiça social*. São Paulo: visão, 1985.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *L'abbandono*. Genova: Il melangolo, 2006.
- HELLER, Hermann. *Dottrina dello stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

- HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: *The Economic Journal*, December, 1939, p.696-712.
- HILFERDING, Rudolf. *Finance Capital. A study of the latest of capitalist development.* London New York: Routledge: 2006.
- HOBBS, Thomas. *Dialogo entre um filosofo e um jurista.* São Paulo: Landy, 2001.
- HOBBS, Thomas. *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury.* London: Bohn, 1839-45. 11 vols. Vol. 3. Chapter: XXVI.: of civil laws. Disponível em : <http://oll.libertyfund.org/title/585/89870>.
- HOBBS, Eric J. *Il trionfo della borghesia. 1848-1875.* 2.ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- HOBBS, Eric J. *Il Secolo Breve.* Milano: BUR, 1997.
- HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential Holmes.* Chicago: Chicago University Press, 1992.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The common law.* New York: Dover, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Right. Why Liberty Depends on Taxes.* New York: Norton, 2000.
- HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy.* New York: Oxford University Press, 1992.
- HOVENKAMP, Herbert. Knowledge About Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics. In: *Minnesota Law Review.* Vol. 84, 2000.
- HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law, 1836-1937.* Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economics Movement. In: *Stanford Law Review.* N° 42, 1990.

- HOVENKAMP, Herbert. *The Mind and Heart of Progressive Legal Thought*.  
Disponibile in:  
<http://sdrc.lib.uiowa.edu/preslectures/hovenkamp95/hovenkamp1.html>.
- HUERTA DE SOTO, Jesús. *Escola Austríaca. Mercado e criatividade empresarial*. Lisboa: Causa Liberal, 2005.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Idee per un "Saggio sui limiti dell'azione dello stato"*. Bologna: Mulino, 1961.
- HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP, 2000.
- IGGERS, George G. *New Directions in European Historiography*. Middletown: Wesleyan University Press, 1975.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 5.ed. São Paulo: RT, 2008.
- IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del Derecho Romano*. Buenos Aires: Revista do Occidente, 1947.
- INGRAM, John Kells. *A History of Political Economy*, 1888, p.80. Disponibile in:  
<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>.
- IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5.ed. Bari: Laterza, 2004.
- KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparison of Utility*, In: *The Economic Journal*, September, 1939.
- KANT, Immanuel. *Scritti di storia, politica e diritto*. 5.ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- KELLY, John. M. *Storia del Pensiero Giuridico Occidentale*. Bologna: Mulino, 1996.
- KELSEN, Hans. *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Giuffrè: Milano, 1981.
- KEYNES, John Mayard. *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*. Torino: Utet Libreria, 2005.

KORNHAUSER, Lewis. *The Economic Analysis of Law*, 2006. Disponibile in: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>.

KORNHAUSER, Lewis A. The Great Image of Authority. In: *Stanford Law Review*. N° 36, 1984.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2.ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

La Dichiarazione Universale dei Diritti Humani. Disponibile su: [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

LEWIS, Clive Staples. *A abolição do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p. 203-9., Jan/Jun., 2003.

LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. Transaction: New Jersey, 2008.

LOCKE, John. *The Works of John Locke in Nine Volumes*. 12. Ed. London: Rivington, 1824. Em especial vol. 4. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/763>.

LORIA, Achille. *Economic Foundations of Society*. London: Swan Sonnenschein and Co., 1899.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Disponível em: [http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB\\_IlPrincipe/main\\_h.html](http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB_IlPrincipe/main_h.html).

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit, *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

MACPHERSON. C.B. *The political theory of possessive individualism. Hobbes to Locke*. 8.ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

MAINE, Henry Sumner. *The effects of Observation of India on Modern European thought*. Lecture: Maine, 1876.

- MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. Boston: Beacon, 1963.
- MANNI, Franco. Introduzione. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli Editore, 2006.
- MARCELINO JUNIOR, Julio Cezar. *Principio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus editora, 2009.
- MARRAMAIO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.
- MARX, Carl. *Il capitale. Critica dell'economia politica*. 4.ed. Roma: Newton, 2008.
- MARX, Karl; ANGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Disponibile in: [file:///C:/site/livros\\_gratis/manifesto\\_comunista.htm](file:///C:/site/livros_gratis/manifesto_comunista.htm), 2001.
- MARX, Carl. *Para uma crítica da economia política*. Disponibile in: <LivrosGrátis/paraumacritica.htm>.
- MATTEUCCI, Nicola. *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna: Il mulino, 1997.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife*, n. 11, p. 125-156, 2000.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- MILL, John Stuart. *Saggio sulla libertà*. Milano: Net, 2002.
- MILL, John. *The Principles of Political Economy with some of their applications to social philosophy*. Disponibile in: <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/mill/prin.htm>.
- MINDA, Gary. *Teorie posmoderne Del diritto*. Bologna: Mulino, 2001.
- MINDA, Gary. The lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. In: *Ohio State Law Journal*. N° 39, 1978.

- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. In: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 3, verano 2006, p. 3-39.
- MOSCATI, Laura. Insegnamento e scienza giuridica nelle sperienze italiane preunitarie. In: LIOTTA, Filippo. *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*. Bologna: Monduzzi Editore, 1999.
- MUSU, Ignazio. Pensiero economico e diritto. Più teorie economiche, ma terreni comuni. In: CIOCCA, Pierluigi; MUSU, Ignazio. (a cura di). *Economia per il diritto*. Torino: Bollatti Boringhieri, 2006.
- NAVARRO, Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. N° 24, 2001, p. 133-163.
- NELSON, Willian E. *The Fourteenth Amendment: from political principle to Judicial doctrine*. USA: Harvard University Press, 1998.
- NEUMANN, Franz. "liberta di coazione e Costituzione: La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale". In: *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittatura*. Bologna: Il Mulino, 1983.
- NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna: Mulino, 1973.
- NIÑO, Carlos S. *Etica y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Aryel, 1989.
- NUNES, António José Avelãs. *Um Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUSSBAUN, Martha C. The Cost of Tragedy. Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000.
- PARDOLESI, Roberto; BELLANTUONO, Giuseppe. Law and Economics in Italy. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*.

Volume I. The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

PARETO, Wilfredo. *Manuale di economia politica*. Milano: EGEA, 2006.

PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics: the economists' New Science of Law, 1830-1930*. NY: Cambridge University Press, 1997.

PARISI, Francesco. Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto. In: *Biblioteca della Liberta*, 1998.

PECES-BARBA, German. *Curso de derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid: BOE, 1999.

PEIRCE, Charles S. *How to Make Our Ideas Clear*. In: *Popular Science Monthly*. N° 12, 1878.

POLANYI, Karl. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. 2. Ed. Boston: Beacon Press, 2001.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2.ed. México: Fondo de cultura econômica, 2007.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. USA: Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

POSNER, Richard. A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000.

POSNER, Richard A. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. In: *Journal of Legal Studies*. N° 22, 1993.

POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. USA: Harvard University Press, 1990.

POSNER, Richard. *The Economic of Justices*. Topeka: Topeka Bindery, 1981.

- POSNER, Richard. A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. In: *The Journal of Legal Studies*. N° 8, 1979.
- POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. In: *American Law Review*, n° 34, 1910.
- POUND, Roscoe. Liberty of Contract. In: *Yale Law Journal*, n°18, 1909.
- POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. In: *Columbia Law Review*, n° 8, 1908.
- REICH, Charles. The New Property. In: *Yale Law Journal*. N° 73, 1964.
- REYERSON, James. The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner. Disponibile : <http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>.
- RICHARD, Lionel. *A republica de Weimar (1919-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras. Circulo do livro, 1988.
- RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ROBBINS, Lionel C. *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. NY: New York University Press, 1984.
- ROBBINS, Lionel. Interpersonal Comparisons of Utility. In: *Economic Journal*. N° 635. 1938.
- RODOT`A, Stefano. *Liberta e diritti in Itàlia. Dall'Unità ai giorni nostri*. Donzelli Editore: Roma, 1997.
- RODOT`A, Stefano. *Il terribile diritto. Studi sulla propriet`a privata*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 1990.
- ROLL, Eric. *A History of Economic Thought*. Oxford: Alden Press, 1973.
- ROMANO, Santi. *Gli scritti nel trattato orlando*. Milano: Giuffrè, 2003.
- RONCAGLIA, Alessandro. *Lineamenti di economia política*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- ROOSEVELT, Franklin Delano. *The Four Freedoms*. 1941. Disponibile in: <http://www.americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico*. Florianópolis: Habitus Editora, 2003.

ROSS, Edward A. *Social Control. A Survey of the Foundations of Order*. USA: University Press of the Pacific, 2002.

ROTHBARD, Murray N. *Man, Economy and State. A Treatise on Economic Principles with Power and Market Government and the Economy*. 2.ed. Auburn. Alabama. Ludwig Von Mises Institute, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ideal Empires and Republics. Rousseau's Social Contract, More's Utopia, Bacon's New Atlantis, Campanella's City of the Sun, with an Introduction by Charles M. Andrews*. Washington: M. Walter Dunne, 1901. Disponível on line su: <http://oll.libertyfund.org/title/2039/145431>.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAMUELSON, Paul A. Consumption Theory in Terms of Revealed Preference. In: *econômica*. N° 15, 1948.

SANTOS JUSTO, Antônio. História do pensamento jurídico. *Disciplina de Tópicos Especiais - Programa de Pós-graduação em Direito Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Democrazia cosa è*. 2.ed. Milano: RCS, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968.

SAY, Jean-Baptiste. *A Treatise on Political Economy; or the Production, Distribution, and Consumption of Wealth*. Traduzido da quarta edição do francês por C. R. Princep. Canada: Batoche Books, 2001.

- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2001.
- SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa: dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Mulino, 2007.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the Word. In: FREEMAN, Michel (Ed.). *Current Legal Problems 1998. Legal Theory at the end of the Millennium*. volume 51. N Y: Oxford University Press, 1998.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democrazia*. Milano: Estaslibri, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press. 1996.
- SCITOVSKY, Tibor. A Note on Welfare Propositions in Economics. In: *Review of Economics Studies*. N° 9. 1941.
- SELIGMAN, Edwin. *The Economic Interpretation of History*. 2.Ed. New York: Gordian Press, 1967.
- SEN, Amartya K. *scelta, benessere, equità*. Bologna: Mulino, 2006.
- SEN, Amartya K. *La democrazia degli altri: perchè la liberta non è una invenzione dell'occidente*. Milano: Mondadori, 2005.
- SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*. Vol. XXIX, June 2000.
- SIMTH, Adam. *La ricchezza delle nazioni*. 2.ed. Roma: Newton Compton Editori, 2005.
- SPENSER, Herbert. *The Study of Sociology*. London: Henry S. King, 1873. Disponibile in: <http://oll.libertyfund.org/title/1335>.

- SPENSER, Herbert. *The Man versus The State, with Six Essays on Government, Society and Freedom*. Indianapolis: Liberty Classics, 1981.
- STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3.ed. Ijuí: Unijui, 2001.
- STEPHEN, Leslie. *The English Utilitarians. Volume one – Jeremy Bentham*, 1900. Disponível in: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>.
- STRAUSS, Leo. *The political Philosophy of Hobbes. Its basis and its genesis*. Chicago: University Press, 1976.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- THOMAS, Keith. The social origins of Thomas Hobbes's political thought. In: BROWN, C. K. (org.). *Hobbes studies*. Oxford: Basil Blackwell, 1965.
- THORSTEIN, Veblen. *The theory of business enterprise*. New York: Charles Scribner's sons, 1904.
- THORSTEIN, Veblen. *Theory of leisure class*, New York: Macmillan, 1899.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democrazia in America*. 7.ed. Milano: BUR, 2007.
- TRIBE, L. H. *American constitutional law*. New York: The foundation Press, 1988.
- VEBLEN, Thorstein. The Limitations of Marginal Utility. In: *Journal of Political Economy*. Nº 17, 1909.
- WATSON, John Broadus. O comportamentismo. in HERRNSTEIN, R. J. e BORING, E. G. *Textos básicos de história da psicologia*. São Paulo: Herder e EDUSP, 1971.
- WEBER, Max. *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*. Roma: Donzelli Editore, 2007.
- WEBER, Max. *Estado y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

WHITMAN, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WIEACKER, Franz. *A history of private Law in europe with particular reference to Germany*. NY: Oxford University Press, 1995.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

ZOLO, Danilo. Teoria e critica dello Stato di diritto. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. 3.ed. Milano: Feltrineli, 2006, p. 17-73.

ZOLO, Danilo. Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei “diritti fondamentali”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 49-75.

