

DIRITTI FONDAMENTALI E DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE*

.....

Luigi Ferrajoli

Giurista; filosofo; teorico del diritto; ha pubblicato più di 500 saggi, in riviste e opere collettanee; è inoltre autore di più di 30 libri, di cui molti tradotti in diverse lingue straniere.

1. DUE PREMESSE EPISTEMOLOGICHE

Prima di affrontare il tema dei fondamenti dei diritti fondamentali, desidero svolgere due brevi premesse epistemologiche, sollecitate entrambe dalle osservazioni intorno al mio approccio alla teoria del diritto svolte nella sua lucida relazione da Paolo Comanducci¹.

La prima premessa riguarda lo statuto meta-teorico della teoria del diritto. È certamente utile e feconda la distinzione, proposta da Comanducci e basata nella filosofia gius-analitica, tra approcci e tesi teoriche di tipo descrittivo e approcci e tesi teoriche di tipo normativo. Mi sembra però troppo rigida e in ultima analisi fuorviante la contrapposizione da lui istituita tra teorie del diritto descrittive e teorie del diritto prescrittive: quasi che possano darsi teorie del diritto, e specificamente dei diritti fondamentali, le cui tesi siano tutte puramente descrittive e teorie le cui tesi siano tutte puramente prescrittive.

Io penso invece che ogni teoria del diritto includa inevitabilmente sia tesi assertive che tesi normative. Certamente la maggior parte delle tesi di una teoria giuridica – a parte i postulati e le definizioni dei concetti teorici, che come Comanducci riconosce hanno carattere convenzionale e, almeno in questo senso, prescrittivo – sono tesi assertive. Si pensi alla teoria dei soggetti, delle persone e degli status, all'analisi della struttura dei diversi tipi di norme o alla teoria e alla tipologia degli atti e delle situazioni giuridiche. Alcune tesi, tuttavia, sono inevitabilmente prescrittive. E lo sono non già nel senso, banale, che riproducono norme o principi giuridici interni al diritto positivo – ciò che del resto è compito, ben più che della teoria del diritto, della dogmatica giuridica, ossia delle discipline giuridiche particolari fondate sull'interpretazione della legge; bensì nel senso

che enunciano principi normativi esterni al diritto positivo oggetto d'indagine e tuttavia nei confronti di questo normativi: *principia iuris*, quindi, ma non *in iure*. Ne segnalerò tre classi.

Innanzitutto i principi della logica. La logica, infatti, non è del diritto ma della teoria. L'incompatibilità tra 'permesso' e 'non permesso', cioè tra 'permesso' e 'vietato', per esempio, è una tesi teorica, un *principium iuris*, sicuramente irrinunciabile. Ma non è una tesi di diritto, cioè un *principium in iure*, dato che è ben possibile che in un sistema di diritto positivo, in quanto tale nomodinamico, un medesimo comportamento sia da una norma permesso e da un'altra proibito: si pensi al vilipendio, proibito e punito come reato d'opinione dal codice penale italiano e permesso invece, quale esercizio del diritto di parola, dalla costituzione. È possibile, in altre parole, che il diritto positivo contenga *antinomie*, non ammesse ovviamente dalla teoria la quale ne evidenzia invece l'insostenibilità e perciò la necessità di una soluzione.

Lo stesso si dica delle relazioni tra diritti fondamentali e garanzie. Se definiamo 'diritti fondamentali' come diritti "universali", cioè conferiti a tutti da norme giuridiche, e 'diritti soggettivi' come "aspettative" cui corrisponde un "obbligo" (di prestazione) o un "divieto" (di lesione), dobbiamo poi ammettere che l'implicazione tra diritti e garanzie non è di tipo assertivo ma di tipo normativo: non, di nuovo, un *principium in iure* ma un *principium iuris tantum*, esterno al diritto pur se normativo nei suoi confronti. È ben possibile, infatti, che esistano diritti fondamentali e non esistano le corrispondenti garanzie. Si pensi a molti diritti sociali e a tutti i diritti umani stabiliti dalle Dichiarazioni e convenzioni internazionali. E possono quindi esistere, nel diritto positivo, *lacune* che, al pari delle antinomie, sono in

base alla teoria identificabili quali difetti che richiedono di essere rimossi ².

Infine c'è una terza classe di principi, che potremmo chiamare *principia iuris et de iure* ma non interamente *in iure*, in parte interni ma in parte esterni al diritto positivo, essendo da questo indotti ma non in esso compiutamente formulati: per esempio il principio di legalità, quello della separazione dei poteri, l'insieme delle garanzie penali e processuali, molti degli stessi diritti fondamentali e il principio di uguaglianza. Benché enunciati più o meno esplicitamente da norme di diritto positivo, questi principi, se in sede dogmatica devono essere interpretati nel contesto delle altre norme dell'ordinamento positivo di cui fanno parte, in sede di teoria del diritto non possono non essere riformulati, indipendentemente dall'analisi dei concreti ordinamenti, come connotati normativi dei modelli teorici che sono alle loro spalle. Non sono quindi semplicemente descrittivi dei significati, più o meno vaghi e variamente problematici ad esso associabili in ciascun ordinamento. Sono bensì normativi, al pari del modello di diritto al quale appartengono e che la teoria ha il compito di esplicitare e rielaborare.

Insomma, accanto a tesi assertive, una teoria del diritto – tanto più se riferita agli odierni ordinamenti dotati di costituzioni rigide – non può non contenere tesi normative. L'importante è che si distingua sempre con la massima chiarezza e consapevolezza, sul piano meta-teorico, tra quelle che sono tesi assertive e quelle che sono tesi prescrittive.

La seconda avvertenza di carattere metateorico suggeritami dai rilievi di Paolo Comanducci riguarda i rapporti tra i diversi tipi di discorso che si possono fare intorno al diritto, e specificamente intorno ai diritti fondamentali e ai loro fondamenti. Io ho distinto, come ha qui ricordato Comanducci, quattro tipi di discorsi e quattro tipi di fondamenti dei discorsi sui diritti fondamentali, ma anche, aggiungerò, sul diritto in generale.

In primo luogo possiamo intendere con 'fondamento dei diritti fondamentali' la *ragione* o il *fondamento teorico* della nozione di 'diritti fondamentali', cioè dei discorsi di teoria del diritto che rispondono alla domanda: "che cosa sono i (o cosa intendiamo, nei nostri discorsi, con l'espressione) 'diritti fondamentali'?". Ci riferiamo, in questo senso, al fondamento della definizione teorica del concetto di 'diritti

fondamentali'. Per quanto mi riguarda, come ha ricordato Comanducci, intendo con 'diritti fondamentali' tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire e che sono, perciò, indisponibili e inalienabili ³. Il fondamento di questa come di qualunque altra definizione della teoria – per esempio di 'diritto soggettivo', o di 'persona', o di 'atto giuridico', o di 'soggetto di diritto', o di 'norma' o di 'validità' – è evidentemente una stipulazione, come tale né vera né falsa ma solo più o meno adeguata alle finalità esplicative che, unitamente alle altre tesi della teoria, essa è in grado di soddisfare.

In un secondo significato, 'fondamento dei diritti fondamentali' designa la *fonte* o il *fondamento giuridico* positivo di quelle situazioni soggettive che sono appunto i diritti fondamentali: in altre parole il fondamento della risposta, di tipo tendenzialmente descrittivo e ricognitivo, alla domanda "quali sono, nell'ordinamento italiano o argentino, i diritti fondamentali?". Il fondamento di queste risposte, di competenza della dogmatica costituzionalistica o di quella internazionalistica, è evidentemente il diritto positivo: per esempio, nell'ordinamento italiano, la Costituzione, necessaria a garantire i diritti dalle violazioni del legislatore, o la legge ordinaria, sufficiente a garantirli dalle violazioni dei giudici e degli amministratori; nell'ordinamento internazionale, invece, le diverse dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti umani. In breve, il fondamento giuridico dei diritti fondamentali si identifica con il principio giuspositivistico di legalità.

In terzo luogo, con 'fondamento dei diritti fondamentali' – ed è il senso più diffuso – può intendersi la *giustificazione etico-politica* o il *fondamento assiologico* di quei valori o principi di giustizia che vogliamo affermare e difendere con la loro stipulazione, appunto, come diritti fondamentali: in altre parole, il fondamento della risposta, data dalla filosofia politica, all'interrogativo "quali diritti devono essere (ossia è giusto o giustificato che siano) garantiti come fondamentali". Si tratta, evidentemente, di una risposta non già di tipo assertivo bensì di tipo normativo, che suppone l'opzione, né vera né falsa, in favore dei criteri idonei a identificarli: in altre parole dei valori – come i quattro da me proposti della pace, dell'uguaglianza, della

democrazia e della tutela del più debole – che grazie alla loro tutela possono essere soddisfatti.

In quarto luogo, infine, possiamo intendere con ‘fondamento dei diritti fondamentali’ l’origine o il *fondamento storico-sociologico* di quelle conquiste di civiltà giuridica che sono state consacrate, appunto, come diritti fondamentali: in altre parole il fondamento della risposta alla domanda “quali sono e perché (per quali ragioni, attraverso quali processi e con quale grado di effettività) i diritti fondamentali storicamente affermatosi e di fatto soddisfatti?”. È questa, chiaramente, una domanda di pertinenza della sociologia del diritto e per altro verso della storiografia giuridica, che ammette risposte empiriche argomentabili come vere, con riferimento però non tanto alle norme che in un dato ordinamento conferiscono diritti fondamentali, ma a quanto di fatto in esso accade o è accaduto: alle lotte sociali e ai processi politici attraverso cui tali diritti sono stati prima affermati e rivendicati e poi conquistati e consacrati nelle leggi o nelle costituzioni; alle condizioni economiche, sociali, politiche e culturali della loro implementazione; al grado infine di tutela effettiva che di fatto è ad essi offerta dal concreto funzionamento dell’ordinamento oggetto d’indagine.

Ebbene, anche a proposito di questa seconda questione metateorica, l’importante è distinguere tra questi diversi tipi di discorsi, di fondamenti e di questioni. Gran parte dei problemi e dei dissensi che si manifestano nelle nostre discussioni dipendono infatti dalla confusione tra questi quattro tipi di discorsi e di criteri di giudizio. Spesso si pretende da una definizione teorica, o peggio si contrabbanda come definizione teorica, una tesi assiologica intorno a quelli che consideriamo giusto che siano tutelati come diritti fondamentali. Altre volte si presenta come tesi assiologica, o peggio come tesi empirico-sociologica, quella che è semplicemente la ricognizione giuridica di quei diritti che come fondamentali sono sanciti nell’ordinamento di cui ci occupiamo: così cadendo nel primo caso nella fallacia naturalistica di contrabbandare come giusto ciò che è semplicemente legale, e nel secondo nella fallacia idealistica di contrabbandare ciò che è solo legale, cioè normativo, come effettivo.

Penso però – contrariamente, mi sembra, a Paolo Comanducci – che nessuna teoria del diritto, nessun discorso di diritto positivo,

nessuna filosofia della giustizia e nessun discorso sull’origine e sul grado di effettività dei diritti fondamentali siano, o debbano, o addirittura possano essere, interamente ed esclusivamente un discorso teorico, o giuridico, o filosofico o storico-sociologico. Questi diversi approcci e i diversi tipi di tesi e di discorsi da essi originati convivono inevitabilmente, e direi anche proficuamente, all’interno di qualunque discorso sul diritto e sui diritti. L’importante è che essi siano presentati e riconosciuti come approcci e tesi di tipo diverso. Ma sarebbe assurdo pretendere che un discorso sui diritti fondamentali debba essere unicamente teorico, o tecnico-giuridico, o assiologico o storico-sociologico. Se prendiamo qualunque libro sui diritti fondamentali – di Bobbio o di Peces Barba, di Alexy o di Haberle o di Denninger – troveremo sicuramente *a)* definizioni e tesi teoriche; *b)* tesi giuridiche riferite, se non altro negli esempi, a determinati ordinamenti; *c)* tesi assiologiche o etico-politiche; *d)* tesi di carattere storico e fenomenologico. Tutto questo è inevitabile e perfino opportuno: a condizione, ripeto, che sia sempre chiaro il tipo di discorso e di tesi che di volta in volta stiamo formulando.

Il discorso che qui svolgerò sui diritti fondamentali e sulle loro garanzie di effettività sarà prevalentemente un discorso di tipo *storico-fenomenologico*. Ma esso ha alle spalle una *teoria del diritto* e, in particolare, la definizione teorica già ricordata di ‘diritti fondamentali’ come diritti universali e indisponibili. Inevitabilmente, inoltre, esso conterrà, se non altro in forma esemplificativa ed esplicativa, tesi più propriamente *giuridiche* riferite al diritto italiano, al diritto dell’Unione Europea e al diritto internazionale, nonché tesi di tipo *etico-politico* sull’intollerabile ingiustizia rappresentata dall’ineffettività e dall’assenza di garanzie dei diritti fondamentali in gran parte del pianeta e sulle ragioni morali o anche solo, nei tempi lunghi, di semplice convenienza di una loro effettiva garanzia, a livello sia statale che internazionale, quale condizione della pace e della nostra stessa sicurezza.

2. DUE CONQUISTE DEL NOVECENTO

Vengo dunque al tema dei fondamenti, nei quattro sensi qui illustrati, dei diritti fondamentali, a cominciare dal fondamento storico o fenomenologico.

Io credo che il lascito politico più importante del secolo appena trascorso sia stato la rifondazione giuridica del diritto e delle istituzioni politiche, sia statali che internazionali, generata dalle dure lezioni impartite dalle tragedie – i totalitarismi e le guerre mondiali – che ne hanno funestato la prima metà. Questa rifondazione si è espressa in due grandi conquiste – entrambe oggi in crisi, come mostrerò più oltre – che hanno investito, quali altrettanti rifiuti degli orrori del passato, l’una la forma istituzionale degli Stati nazionali, l’altra le forme delle relazioni tra Stati. Entrambe queste conquiste si sono realizzate con una medesima operazione: la costituzionalizzazione del principio della pace e dei diritti umani, inclusi quei diritti alla sopravvivenza che sono i diritti sociali, quali limiti e vincoli normativi – una sorta di solenne “mai più” agli orrori della guerra e dei fascismi – imposti alla politica, ossia ai supremi poteri, sia interni che internazionali.

Penso che queste due conquiste – o meglio, dovremmo forse dire, queste due promesse in gran parte non mantenute – non siano state adeguatamente tematizzate dalla cultura giuridica né tanto meno da quella politica. Certamente l’enunciazione dei diritti umani nelle carte costituzionali risale a ben prima che al secondo dopoguerra. Risale alle prime Costituzioni e Dichiarazioni rivoluzionarie del ’700 – la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, la Costituzione americana del 1787, la Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 – e poi alle Costituzioni e agli Statuti dell’800. Non esisteva tuttavia, prima del 1948, una Carta internazionale dei diritti umani. E c’è, d’altra parte, una novità nel costituzionalismo novecentesco del secondo dopoguerra, inaugurato dalla costituzione italiana del 1948 e dalla legge fondamentale tedesca del 1949 e ripreso dalla costituzione greca del 1975, da quella portoghese del 1976 e da quella spagnola del 1978, non a caso seguite tutte alla liberazione di questi paesi da regimi di tipo fascista: la loro rigidità, ossia il loro carattere sopraordinato alle leggi ordinarie, che vale a garantirne il ruolo di limiti e vincoli ai supremi poteri politici, sia di governo che legislativi.

Si è trattato di un mutamento profondo di paradigma, sia del diritto che dello Stato. Nel paradigma paleopositivistico dello stato liberale la legge, qualunque ne fosse il contenuto, era la fonte suprema e illimitata del diritto, non

subordinata, almeno formalmente, neppure alle costituzioni. Non parlo qui della Costituzione americana, che fu rigida fin dall’inizio ma per ragioni e con effetti del tutto diversi dalla rigidità delle costituzioni europee. Come stabilì nel 1803 nella causa *Marbury vs. Madison* il giudice Marshall, la costituzione americana non è derogabile dal Congresso né dai singoli Stati perché ha la forma di un trattato, modificabile solo da tutti gli Stati membri. Ma questo comporta, in capo ai giudici, il potere di disapplicare le leggi ritenute incostituzionali nel singolo caso sottoposto al loro giudizio, ma non certo quello, attribuito invece alle Corti costituzionali europee, di deciderne il definitivo annullamento.

In Europa, invece, di rigidità costituzionale non può parlarsi fino al breve esperimento austriaco del 1920, promosso da Kelsen, e poi alla Costituzione italiana del 1948. Le Carte costituzionali erano certamente documenti solenni, politicamente fondativi della convivenza civile. Ma non erano in grado di limitare giuridicamente il potere legislativo. All’inizio, addirittura, la Dichiarazione francese del 1789 non fu neppure, da taluni, considerata una legge positiva⁴, ma solo un documento politico. E anche dopo che ne fu riconosciuta la natura di legge, le costituzioni furono pur sempre considerate per l’appunto leggi, soggette, come tutte le altre, ai principi della successione delle leggi nel tempo. Basti ricordare lo Statuto albertino del Regno d’Italia, che fu da tutti considerato una semplice legge ordinaria, sia pure particolarmente solenne, e come tale poté essere travolto, senza un formale colpo di stato, dalle leggi fasciste di Mussolini del 1925.

Giacché non esisteva fino a 50 anni fa, nell’immaginario dei giuristi e nel senso comune, l’idea di una legge sulle leggi, di un diritto sul diritto. Ed era inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge, essendo la legge – questo era il paradigma giuspositivistico della modernità giuridica – l’unica fonte, perciò onnipotente, del diritto: sia che fosse concepita come il prodotto della volontà del sovrano, sia che fosse intesa come l’espressione della maggioranza parlamentare. Sicché il legislatore, nella migliore delle ipotesi il Parlamento, era a sua volta concepito come onnipotente. E onnipotente era di conseguenza la politica, di cui il diritto è il prodotto e insieme lo strumento. Con il risultato, altresì, di una concezione

tutta formale e procedurale della democrazia, identificata unicamente con il potere del popolo, ossia con le procedure e i meccanismi rappresentativi volti ad assicurare il potere della maggioranza. Per non parlare del diritto internazionale, giunto alla catastrofe delle guerre mondiali anche a causa dell'assoluta mancanza di limiti e di vincoli costituzionali alla sovranità esterna degli Stati.

Tutto questo cambia radicalmente in quella straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949, che vide l'emanazione della Carta dell'Onu nel 1945, della Costituzione giapponese del 1946, della Costituzione italiana del '48, della Dichiarazione universale dei diritti umani nel medesimo anno, della Legge fondamentale tedesca nel 1949. È grazie a queste carte che si realizzano le due grandi conquiste e le due grandi rivoluzioni istituzionali di cui ho parlato all'inizio, le quali cambiano la natura e la struttura del diritto e delle istituzioni politiche dissolvendo l'una la sovranità interna, tramite i limiti e i vincoli costituzionali imposti al potere legislativo, l'altra la sovranità esterna tramite il divieto della guerra e la stipulazione dei diritti fondamentali in capo ad ogni essere umano

3. LA RIGIDITÀ DELLE COSTITUZIONI DEL SECONDO DOPOGUERRA

Parlerò prima, sommariamente, della prima di queste due grandi conquiste: la forma costituzionale conferita, dalla rigidità delle costituzioni, alla democrazia. Grazie ad essa la democrazia non consiste più, semplicemente, nel potere illimitato del popolo, e perciò della maggioranza, in grado di degenerare, come mostrò l'avvento del fascismo e poi del nazismo, in forme totalitarie. Essa è bensì potere del popolo nei limiti e con i vincoli imposti dalle costituzioni, e perciò soggezione al diritto, e precisamente ai diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, di tutti i pubblici poteri incluso quello della maggioranza. Il potere politico, sia legislativo che di governo, risulta così disciplinato non più solo nelle *forme* di produzione, rappresentative appunto della maggioranza, con cui devono essere prodotte le decisioni, ma anche nei *contenuti* delle decisioni medesime, vincolati ai principi di giustizia – uguaglianza, pace e diritti fondamentali – iscritti nelle costituzioni. Fu questo il patto sociale stipulato in tutte le costituzioni del secondo dopoguerra, che ha retto i paesi europei nella

seconda metà del secolo scorso, informandone le politiche di *Welfare* ed orientandone lo sviluppo economico e sociale.

Per comprendere questo mutamento di paradigma della democrazia dobbiamo capire, in tutta la sua portata, la trasformazione della legalità prodotta dalla rigidità delle costituzioni, ossia dal riconoscimento della costituzione come norma suprema, alla quale tutte le altre sono rigidamente subordinate. Grazie a questa rigidità, la legalità cambia natura: non è più solo condizionante e disciplinante, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non più solo formali ma anche sostanziali; non è più semplicemente un prodotto del legislatore ma è anche progettazione costituzionale del diritto da produrre e dunque limite e vincolo, quale *diritto sul diritto*, al legislatore medesimo. Sicché del diritto positivo risulta positivizzato, da quel patto sociale che è la costituzione, non più solo l'“*essere*”, ossia l'“*esistenza*”, ma anche il “*dover essere*”, ossia le condizioni di “*validità*”; non più solo il “*chi*” e il “*come*” delle decisioni ma anche il “*che cosa*” non deve essere deciso, ossia la lesione dei diritti di libertà, o al contrario dev'essere deciso, ossia la soddisfazione dei diritti sociali.

Si tratta di un mutamento rivoluzionario di paradigma del diritto e, insieme, della giurisdizione e della scienza giuridica; di un mutamento, io credo, di cui tuttora non abbiamo misurato la portata. Cambiano in primo luogo le condizioni di validità delle leggi, che dipendono dal rispetto non più solo delle norme procedurali sulla loro formazione ma anche delle norme sostanziali sul loro contenuto, ossia dalla loro coerenza con i principi di giustizia stabiliti dalla costituzione. Cambia in secondo luogo la natura della giurisdizione e il rapporto tra il giudice e la legge: che non è più, come nel vecchio paradigma giuspositivistico, soggezione alla lettera della legge qualunque ne sia il significato, ma è soggezione anzitutto alla costituzione, che impone al giudice la critica delle leggi invalide tramite la loro re-interpretazione in senso costituzionale o la loro denuncia per incostituzionalità. Cambia in terzo luogo il ruolo della scienza giuridica, che risulta investita di una funzione non più solo descrittiva, come nel vecchio paradigma paleo-giuspositivistico, ma critica e progettuale nei confronti del suo oggetto. Precisamente, il mutamento di paradigma nella struttura del diritto conferisce alla dogmatica il compito di

accertare e criticare le antinomie e le lacune presenti della legislazione ordinaria rispetto agli imperativi costituzionali, e alla teoria il compito di tematizzare la virtuale divaricazione tra dover essere ed essere del diritto, ossia tra validità e vigore, e di identificare e magari progettare le tecniche di garanzia idonee a superarla.

Si capisce il mutamento strutturale che, di riflesso, si produce nelle forme della democrazia. La costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali – imponendo obblighi e divieti ai pubblici poteri – ha infatti innestato nella democrazia una “dimensione sostanziale”, in aggiunta alla tradizionale “dimensione politica”, meramente “formale” o “procedurale”. Se infatti le norme formali della costituzione – quelle che disciplinano l’organizzazione dei pubblici poteri e che sono dettate per esempio dalla seconda parte della nostra costituzione – garantiscono la dimensione formale della “democrazia politica” che riguarda il *chi* e il *come* delle decisioni, le sue norme sostanziali – quelle che stabiliscono i principi e i diritti fondamentali e che sono di solito contenute nella prima parte delle costituzioni – garantiscono quella che ben possiamo chiamare la dimensione materiale della “democrazia sostanziale”, dato che riguardano il *che cosa* non può essere deciso o dev’essere deciso da qualunque maggioranza, vincolando la legislazione, a pena d’invalidità, al rispetto dei diritti fondamentali e degli altri principi assiologici da esse stabiliti.

Ne risulta un mutamento nel rapporto tra la politica e il diritto. Giacché non è più il diritto ad essere subordinato alla politica quale suo strumento, ma è la politica che diventa strumento di attuazione del diritto, sottoposta ai vincoli ad essa imposti dai principi costituzionali: vincoli negativi, quali quelli generati dai *diritti di libertà* che non possono essere violati; vincoli positivi, quali quelli generati dai *diritti sociali* che devono essere soddisfatti. Politica e mercato si configurano in tal modo come la *sfera del decidibile*, rigidamente delimitata dai diritti fondamentali: i quali, proprio perché garantiti a tutti e sottratti alla disponibilità sia del mercato che della politica, determinano la *sfera di ciò che non dev’essere o dev’essere deciso*, non potendo nessuna maggioranza, neppure l’unanimità, legittimamente decidere di violarli o di non soddisfarli. Sono questi limiti e vincoli che definiscono gli spazi legittimi della politica e dell’economia, in opposizione agli

spazi illegittimi rappresentati dall’insieme degli atti illeciti e degli atti invalidi.

Le costituzioni consistono precisamente in questo sistema di regole, sostanziali e formali, su ciò che per i pubblici poteri è indecidibile, ossia è vietato decidere o non decidere. Sotto questo aspetto esse non rappresentano solo il completamento dello stato di diritto attraverso l’estensione del principio di legalità a tutti i poteri, incluso quello legislativo. Esse sono anche un programma politico per il futuro: l’imposizione a tutti i poteri di imperativi negativi e positivi quali loro fonti non solo di legittimazione, ma anche di delegittimazione. Costituiscono, per così dire, delle utopie di diritto positivo, che per quanto mai realizzabili perfettamente stabiliscono tuttavia, in quanto diritto sul diritto, il progetto di trasformazione del diritto medesimo in direzione dell’uguaglianza nei diritti fondamentali.

4. L'ORDINE INTERNAZIONALE ISTITUITO DALLA CARTA DELL'ONU

La seconda conquista giuridica del secolo appena trascorso è stato il mutamento di paradigma intervenuto nelle relazioni internazionali. Con l’istituzione dell’Onu il diritto internazionale si è trasformato, da sistema di relazioni pattizie tra Stati illimitatamente sovrani, basato sui rapporti di forza e perciò destinato, come mostrò la catastrofe dei due conflitti mondiali, a degenerare nella guerra, in un ordinamento giuridico sovra-statale, fondato sul divieto della guerra e sui diritti fondamentali di tutti gli esseri umani stabiliti quali limiti e vincoli ai poteri degli Stati. Anche questo mutamento si è espresso nella stipulazione di un patto costituzionale di convivenza: la Carta delle Nazioni Unite del 1945, e poi la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e i due Patti internazionali sui diritti civili, politici, economici, sociali e culturali del 1966, che formano, nel loro insieme, una sorta di costituzione embrionale del mondo. Grazie ad esso la sovranità, venuta meno nella sua dimensione interna grazie alle forme dello stato di diritto, viene meno, quale *potestas legibus soluta*, anche nella sua dimensione esterna, essendosi tutti gli Stati assoggettati, anche nei loro rapporti internazionali, ai vincoli della pace e della garanzia dei diritti umani di tutti.

Purtroppo questa conquista è rimasta in gran parte sulla carta: allo stato, appunto,

di semplice promessa. Ma ciò non toglie che essa continui ad essere la sola alternativa razionale alla guerra, endemica e globale, e a un futuro di violenze e di terrore. Direi anzi che il costituzionalismo internazionale prefigurato dalla Carta dell'Onu esprime nella maniera più esplicita il paradigma hobbesiano di quell'*artificial reason* che è il diritto ⁵, la cui giustificazione razionale risiede appunto nella sua funzione di garanzia della pace e perciò della vita. Tutte le carte costituzionali, si è detto, sono contratti sociali in forma scritta, patti di convivenza intorno a ciò che non può essere deciso e a ciò che deve essere deciso a garanzia dei diritti di tutti e della pace: diritti e pace che equivalgono alla ragione sociale, e perciò al fondamento filosofico delle istituzioni giuridiche e politiche. Ma più che mai è un contratto sociale finalizzato alla pacifica convivenza la Carta dell'Onu: sia perché anche formalmente essa è un trattato, ossia un contratto vero e proprio; sia perché nel suo preambolo, come poi in quello della Dichiarazione del 1948, la pace e i diritti vengono indicati come i fini, tra loro esplicitamente connessi, dell'Organizzazione sovranazionale con essa istituita. Insomma, non solo la pace è il primo fondamento dei diritti umani, ma è vero anche il contrario, esistendo una correlazione biunivoca tra il grado di pace, sia sociale che internazionale, e il grado di garanzie a sostegno di tali diritti.

C'è poi un secondo fondamento assiologico o filosofico dei diritti umani messo in evidenza dalle Convenzioni internazionali dei diritti: il loro ruolo di leggi del più debole contro la legge del più forte che è propria dello stato di natura, ossia dell'assenza di diritto e di diritti. Anche qui il nesso tra forma universale dei diritti fondamentali e tutela del più debole è quello di mezzi a fini proprio del rapporto di razionalità strumentale. Quella forma, insieme al rango costituzionale delle norme che la esprimono, si configura infatti come la tecnica idonea alla tutela dei soggetti più deboli, in quanto assicura l'indisponibilità e l'inviolabilità di quelle aspettative vitali stabilite come diritti fondamentali mettendole al riparo dai rapporti di forza propri del mercato e della politica. In altre parole: *se vogliamo* che i soggetti più deboli fisicamente, o politicamente, o socialmente o economicamente siano tutelati dalle leggi dei più forti, occorre sottrarne la vita, la libertà e la sopravvivenza sia alla disponibilità privata che

a quella dei pubblici poteri, formulandole come diritti in forma rigida e universale.

Io credo che questi due criteri assiologici di identificazione dei diritti fondamentali in quelle aspettative vitali che, grazie al loro carattere universale, assicurano la pace e la tutela dei più deboli, consentano di risolvere le due aporie lamentate nella dottrina dei diritti umani dalle dottrine sociologiche e tendenzialmente comunitarie della cittadinanza e, per altro verso, dalle teorie antropologiche del multiculturalismo e del relativismo culturale: l'idea che la legittimità dei diritti fondamentali supporrebbe un qualche grado di consenso sociale, quale solo può rilevarsi nel senso di appartenenza espresso dalla cittadinanza nei nostri ordinamenti occidentali e non certo in culture diverse dalla nostra; e l'idea che, d'altro canto, il paradigma universalistico dei diritti fondamentali, prodotto indubbiamente dalla cultura occidentale, sarebbe viziato dal paradosso della sua contraddizione con il rispetto dovuto a popoli e a soggetti di diversa cultura cui noi pretenderemmo di imporlo.

Alla base della prima di queste due critiche c'è una concezione organicistica delle costituzioni di segno, a mio parere, antilluministico e illiberale. Le costituzioni, secondo questa concezione sviluppatasi nella giuspubblicistica tedesca di fine Ottocento e largamente dominante anche nella cultura giuridica italiana, sarebbero – o dovrebbero essere – l'espressione, come scrisse Carl Schmitt, dell'"unità di un popolo" ⁶, ossia di una cultura, di una volontà e di un'identità collettiva rappresentate appunto dall'esistenza di un "demos". La loro fonte di legittimità sarebbe perciò il consenso popolare, che presupporrebbe a sua volta un qualche grado di omogeneità sociale e culturale dei consociati. Io credo invece che questa concezione vada rovesciata. Le costituzioni non hanno lo scopo di esprimere una comune volontà o identità popolare, bensì di garantire i diritti vitali di ciascuno e di tutti, e perciò la convivenza pacifica, anche contro la volontà e gli interessi della maggioranza. Esse sono patti di convivenza nel senso letterale del termine, cioè patti di non aggressione, tanto più giustificati ed anzi necessari quanto più eterogenee e potenzialmente nemiche, sul piano culturale o politico o religioso, sono le soggettività di cui devono garantire la convivenza. Il consenso, conseguentemente, se in una qualche misura è una condizione della loro

effettività, non ne rappresenta affatto la fonte di legittimazione, che risiede invece nei valori della pace e dell'uguaglianza che esse, proprio grazie all'universalità dei diritti fondamentali, sono in grado di garantire.

Altrettanto infondata, a mio parere, è la critica proveniente dal multiculturalismo. L'equivoco che è alla sua base è che l'universalità da cui i diritti fondamentali traggono la loro giustificazione consisterebbe nella loro pretesa condivisione universale, presente invece soltanto nei paesi occidentali nei quali essi furono elaborati. Innanzitutto non è affatto vero che, nei nostri paesi, valori come la pace e gran parte dei diritti fondamentali godano oggi di un consenso maggioritario, né tanto meno che tale consenso sia esistito in passato. In secondo luogo, e soprattutto, l'universalità dei diritti fondamentali si riferisce non già a un improbabile consenso di tutti nei loro confronti, bensì alla loro titolarità, cioè al fatto che essi spettano a tutti, che lo vogliano o meno e quali che siano le opinioni o le culture di ciascuno. In questo senso i diritti fondamentali hanno un fondamento democratico: nel senso che si riferiscono al "popolo" nella totalità dei suoi componenti ed esprimono perciò, in capo a ciascuno, un frammento di sovranità. E in questo senso è democratica una costituzione: perché i suoi contenuti, cioè i diritti in essa stabiliti, garantiscono tutti, e non già per la forma della sua produzione, cioè perché essa sia (stata) voluta da tutti.

5. LA CRISI DEL COSTITUZIONALISMO DEMOCRATICO E DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Oggi queste due conquiste del secolo appena trascorso – la democrazia costituzionale e il progetto di un costituzionalismo mondiale, quest'ultimo rimasto sempre sulla carta per l'assoluta mancanza di garanzie – sono entrambe in crisi, insieme alle prospettive di innovazione e di progresso da esse prefigurate. La crisi si manifesta, essenzialmente, nell'obsolescenza dei loro elementi comuni: la soggezione del potere al diritto, secondo il modello dello "stato di diritto"; la sua tendenza o peggio la sua aperta aspirazione ad accumularsi e a rilegittimarsi in forme assolute; l'aggressione in molti paesi, tra cui certamente l'Italia e l'Argentina, allo stato sociale e, più in generale, alla "sfera pubblica",

inteso con tale espressione la sfera degli interessi generali, a cominciare da quegli interessi di tutti che sono la pace e i diritti fondamentali⁷. Ma la crisi segnala altresì un'obsolescenza della politica. Giacché il principio della pace e i diritti fondamentali stipulati in quei patti sociali che sono le costituzioni rigide e le convenzioni internazionali del Novecento sono non solo limiti e vincoli giuridici, ma anche programmi politici: negazioni così del totalitarismo come della guerra, che a loro volta ne erano stati le negazioni, tramite la stipulazione di un progetto normativo volto a soddisfare bisogni vitali di tutti e perciò imposto alla politica quale fonte della sua legittimità democratica. E vengono meno, anche senza colpi di stato o formali mutamenti di regime, ove si offuschino nelle politiche istituzionali e prima ancora nel senso comune.

I fattori di crisi del paradigma della democrazia costituzionale all'interno degli Stati nazionali sono molteplici. Sono innanzitutto fattori oggettivi. Il primo di essi è la dislocazione di quote crescenti di poteri e di funzioni pubbliche, tradizionalmente riservate agli Stati, al di fuori dei loro confini nazionali. Nell'età della globalizzazione il futuro di ciascun paese, soprattutto dei paesi più poveri, dipende sempre meno dalla politica interna e sempre più da decisioni esterne, assunte in sedi politiche sovranazionali o da poteri economici globali, sottratti sia ai vincoli della rappresentanza politica che ai limiti e ai controlli propri dello stato di diritto. Il caso dell'Argentina è sotto questo aspetto esemplare. Sta insomma saltando il nesso tra democrazia e popolo e quello tra stato di diritto/stato, tradizionalmente mediati dal principio di legalità, cioè dal primato della legge, espressione della volontà popolare e della politica da essa espressa.

Il secondo fattore di crisi è rappresentato dalla crisi della legalità. Innanzitutto della legalità ordinaria, per effetto dell'inflazione legislativa che ha provocato, in tutti i paesi avanzati, un collasso del principio di legalità. In Italia le leggi si contano ormai in decine di migliaia, tanto che in materia penale la Corte costituzionale è stata costretta, nel 1988, a quella vera e propria dichiarazione di bancarotta che è stata l'archiviazione del classico principio secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa: le leggi, infatti, sono ormai tante e così confuse e complesse che è ben possibile

che la loro ignoranza sia non solo scusabile ma addirittura inevitabile. Si capisce come una simile disfunzione della legalità finisca per allargare enormemente gli spazi della discrezionalità giudiziaria ed equivalga, di fatto, a una regressione al diritto giurisprudenziale premoderno. Ma la crisi ha investito altresì la legalità costituzionale: si pensi solo all'indebolimento, per effetto dell'eclisse della vecchia sovranità statale e della crisi dell'unità degli ordinamenti e del sistema tradizionale delle fonti di diritto, del ruolo garantista delle costituzioni nazionali.

C'è poi un ulteriore ordine di ragioni della crisi, di carattere soggettivo e più propriamente politico: la vocazione crescente all'illegalismo di tutti i poteri, privati e pubblici, confortata dal trionfo delle ideologie liberiste sul terreno economico e plebiscitarie e populiste su quello politico, le une e le altre contrarie ai limiti e ai vincoli garantisti propri del costituzionalismo democratico. Questo illegalismo professato, oltre che praticato, ha in Italia e in Argentina le sue manifestazioni forse più vistose. Esso investe sia la legalità costituzionale che la legalità ordinaria. In Italia, per oltre un decennio la Costituzione repubblicana è stata sottoposta ad attacchi concentrici e a ripetute violazioni che ne hanno minato il ruolo garantista di limite e vincolo, sempre più avvertito e squalificato, dai poteri politici come da quelli economici, come indebito intralcio alla sovranità popolare e al libero mercato. Al tempo stesso è emersa, come del resto nella maggior parte dei paesi avanzati, una corruzione strutturale così dei poteri pubblici come di quelli economici, che in Italia ha provocato dapprima la crisi del vecchio sistema basato sulla loro occulta collusione, e poi la sua rifondazione e la sua rivincita basate sulla loro aperta confusione e concentrazione in capo a un medesimo soggetto.

Ne sta risultando una mutazione dei sistemi politici del tutto coerente con il nuovo credo ideologico oggi dominante: la concezione della libertà e della democrazia – in una parola, della “liberal-democrazia” – come assenza di regole e di controlli, di limiti e vincoli, da un lato all'autonomia privata, e quindi ai poteri economici del mercato, dall'altro alle decisioni della maggioranza e quindi ai poteri politici del governo. In breve, un neoassolutismo di entrambi

questi poteri, in contrasto con i principi dello Stato costituzionale di diritto che non ammettono poteri assoluti, cioè non soggetti alla legge e quindi ai controlli giurisdizionali. In Italia, poi, si è prodotta in capo a una medesima persona la più alta concentrazione di poteri economici, nel campo per di più dell'informazione, e del massimo potere politico. Che è di nuovo un fenomeno di regressione: precisamente alla confusione premoderna tra politica ed economia, tra pubblico e privato, tra mercato e Stato: cioè tra due sfere la cui separazione segnò il trapasso dai vecchi stati patrimoniali allo Stato di diritto e rappresenta il presupposto elementare e costitutivo della civiltà giuridica moderna.

È questa concentrazione e insieme questa concezione neoassolutistica dei poteri che sta minando alla radice la democrazia costituzionale. Il principale veicolo di questa mutazione è l'insofferenza per le regole e per i controlli e l'aperta squalificazione della legalità, attraverso non più l'occultamento ma addirittura la rivendicazione e l'esibizione della pratica dell'illegalità. C'è un elemento che accomuna, pur nella loro totale eterogeneità, tutte queste rotture della legalità: dalle terribili leggi anti-terroristiche sui tribunali speciali militari e sulla soppressione dell'*habeas corpus* approvate recentemente negli Stati Uniti e in Inghilterra, fino alle grottesche leggi *ad personam* emanate in Italia e alle aggressioni con cui Parlamento e Governo hanno assediato il Tribunale di Milano, le une e le altre dirette a bloccare la celebrazione del processo per corruzione contro il nostro presidente del consiglio. Questo elemento comune è l'ostentazione impudente, senza alcun senso del limite, del disprezzo per il diritto, volta evidentemente ad affermare la superiorità al diritto dei supremi poteri e perciò a rifondarne la legittimazione sul consenso popolare, a sua volta basato sull'esibizione della forza. In Italia, per di più, si è aggiunta la squalificazione qualunquistica della politica, che dopo aver favorito l'ascesa al governo del partito-azienda di Silvio Berlusconi rischia oggi di assecondare un'ulteriore deformazione del sistema politico basata sul primato dell'economia sulla politica e dei grandi interessi economici sugli interessi pubblici.

6. LA CRISI DELLA LEGALITÀ INTERNAZIONALE. LA GLOBALIZZAZIONE COME VUOTO DI DIRITTO PUBBLICO INTERNAZIONALE

Ancor più grave è la crisi in atto della legalità internazionale, e precisamente di quella seconda grande conquista del Novecento che fu il patto di convivenza pacifica stipulato con l'istituzione dell'Onu e basato sul divieto della guerra e sulla tutela dei diritti umani. Più che di una conquista, si è detto all'inizio, si è piuttosto trattato di una promessa non mantenuta, dato che ad essa non ha fatto seguito l'introduzione di adeguate garanzie: né di quelle che ho chiamato "garanzie primarie", ossia di divieti di lesione e di obblighi di prestazioni in capo ad appositi organismi internazionali; né di quelle che ho chiamato "garanzie secondarie", ossia di un sistema adeguato di istituzioni giudiziarie in grado di sanzionare le violazioni o le inadempienze dei diritti e delle relative garanzie primarie. Certamente dobbiamo riconoscere l'enorme valore del raggiungimento, proprio in questi giorni, delle sessanta ratifiche previste per l'entrata in funzione, che si prevede per il prossimo 1 luglio, della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità. Ma allo stato attuale l'ordinamento internazionale, con tutte le sue carte e convenzioni sui diritti umani, è paragonabile a quello che sarebbe un ordinamento statale ove fosse composto della sola costituzione e di qualche debole istituzione dotata di scarsissimi poteri.

E tuttavia in questi ultimi dieci anni dobbiamo registrare un crollo di questa pur debole legalità internazionale. È stata innanzitutto riesumata e messa in pratica la dottrina della "guerra giusta". Per ben tre volte nel corso di un decennio è stato infranto il divieto della guerra, che dell'ordine internazionale istituito dalla Carta dell'Onu è la norma fondamentale: dapprima, nel 1991, con il coinvolgimento e insieme il capovolgimento del ruolo di pace dell'Onu, chiamata ad avallare la guerra del Golfo in contrasto con il suo statuto; poi, nella guerra del Kosovo, con l'impiego della Nato e l'allargamento indefinito dei suoi poteri di intervento; infine, nella guerra in Afghanistan, con l'assunzione diretta da parte degli Stati Uniti di funzioni di polizia internazionale. Per non parlare del collasso del diritto e della ragione in

Palestina. Ariel Sharon ha prontamente replicato il modello Bush della guerra in Afghanistan, così come Putin aveva replicato in Cecenia il modello Clinton della guerra nel Kosovo. La guerra, con il suo carico di migliaia di vittime innocenti, è stata così riabilitata come strumento di soluzione delle controversie internazionali o peggio è stata proposta, come in Afghanistan e in Palestina, quale nuova forma di intervento poliziesco e di sommaria "giustizia" penale.

In secondo luogo, proprio la crisi dello stato nazionale ha reso ancor più drammatica l'assenza di una sfera pubblica internazionale all'altezza dei nuovi poteri extra- e sovra-statali. Il principale risultato di tale crisi sul piano internazionale è stato infatti un *vuoto di diritto pubblico*, ossia la mancanza di regole, di limiti e di controlli nei confronti dei nuovi poteri transnazionali, sia pubblici che privati, che hanno spodestato i vecchi poteri statali. Penso anzi che la stessa globalizzazione dell'economia possa essere identificata, sul piano giuridico, con questo vuoto di un diritto pubblico internazionale idoneo a disciplinare i grandi poteri economici transnazionali: non, si badi, un vuoto di diritto, che non può mai esserci, ma un vuoto di diritto pubblico riempito, inevitabilmente, da un pieno di diritto privato, cioè da un diritto di produzione contrattuale che si sostituisce alle forme tradizionali della legge⁸ e che riflette, di solito, la legge del più forte. Ne è conseguita una generale anomia e una regressione neoassolutistica così delle grandi potenze come dei grandi poteri economici transnazionali: che è un neoassolutismo regressivo e di ritorno che si manifesta nell'assenza di regole apertamente assunta, dall'odierno capitalismo globalizzato, come una sorta di nuova *grundnorm* del nuovo ordine economico e politico internazionale.

Io penso che questo vuoto di diritto pubblico non sia a lungo sostenibile, in una società globale sempre più fragile e interdependente, senza andare incontro a un futuro di guerre, di violenze e di terrorismi che metterebbe in pericolo la sopravvivenza delle nostre stesse democrazie. Dobbiamo infatti pur chiederci se sia realistica l'aspirazione alla pace e alla sicurezza in un mondo in cui ottocento milioni di persone, cioè un sesto della popolazione, possiede i cinque sesti del reddito mondiale; in cui meno di 300 miliardari in dollari sono più ricchi di metà della popolazione mondiale, ossia di 3 miliardi di persone; e in cui il divario di ricchezza tra paesi

poveri e paesi ricchi, che era di 1 a 3 nel 1820 e di 1 a 11 nel 1913, è divenuto di 1 a 72 nel 1992⁹.

L'effetto più vistoso della globalizzazione, in assenza di una sfera pubblica mondiale, è infatti una crescita esponenziale della disuguaglianza, segno di un nuovo razzismo che dà per scontata la miseria, la fame, le malattie e la morte di milioni di esseri umani senza valore. Siamo di fronte allo sviluppo di una disuguaglianza che non ha precedenti nella storia. L'umanità è oggi, nel suo insieme, incomparabilmente più ricca che in passato. Ma è anche, se si ha riguardo a masse sterminate e crescenti di esseri umani, incomparabilmente più povera. Gli uomini sono certamente, sul piano giuridico, incomparabilmente più uguali che in qualunque altra epoca, grazie alle innumerevoli carte, costituzioni e dichiarazioni dei diritti. Ma sono anche, di fatto, incomparabilmente più disuguali in concreto. L'"età dei diritti", per usare l'espressione di Norberto Bobbio, è anche l'età della loro più massiccia violazione e della più profonda e intollerabile disuguaglianza.

Secondo il Rapporto annuale sullo sviluppo umano e sulla globalizzazione, benché sia enormemente aumentata la produzione *pro capite* di cibo, circa un miliardo di persone non hanno l'accesso all'acqua e all'alimentazione di base, ciò che provoca 15 milioni di morti l'anno. È stato inoltre calcolato che nonostante l'incremento globale dell'assistenza sanitaria, del tasso di istruzione e delle speranze di vita e la forte riduzione complessiva di combustibili inquinanti, si è più che raddoppiato il numero dei malati di Aids, 850 milioni di persone sono analfabete, circa 3 milioni muoiono ogni anno a causa dell'inquinamento atmosferico e oltre 5 milioni a causa della contaminazione dell'acqua. Infine – ed è il dato più spaventoso – 17 milioni di persone muoiono ogni anno, vittime di malattie infettive e ancor prima del mercato, per non poter pagare i costosi farmaci "essenziali" brevettati o, peggio, perché i farmaci banalissimi che potrebbero curarli non sono più prodotti dato che riguardano malattie in gran parte debellate e scomparse nei paesi occidentali¹⁰.

È chiaro che porre fine a questa gigantesca omissione di soccorso non è solo un dovere imposto dal diritto alla salute sancito dai Patti internazionali del 1966, ma anche una condizione indispensabile per garantire la sicurezza e la pace. La strage dell'11 settembre dovrebbe suonare

come un campanello d'allarme. Benché non ci sia nessun nesso tra il terrorismo fanatico che l'ha progettata e i terribili problemi planetari della fame e della miseria, è precisamente il corto circuito tra terrorismo e consenso dei diseredati del pianeta che dobbiamo paventare. Come ho già ricordato, è lo stesso preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti che avverte, realisticamente, che c'è un nesso biunivoco tra pace e diritti, tra violazione dei diritti umani e violenza.

7. UNA SFERA PUBBLICA INTERNAZIONALE

È insomma l'assenza di una sfera pubblica internazionale, all'altezza della globalizzazione in atto e dei nuovi poteri transnazionali, la grande lacuna drammaticamente rivelata dalle tragedie di questi anni: dalle guerre, dai tanti crimini contro l'umanità, dalla crescita delle disuguaglianze, dalle devastazioni ambientali. Certamente questa sfera pubblica internazionale non potrà essere apprestata dal mercato. Su questo non possiamo farci nessuna illusione. Possiamo stigmatizzare come immorali e magari come criminali le scelte, per esempio, delle case farmaceutiche che sottraggono a milioni di ammalati l'accesso ai farmaci essenziali o le aggressioni all'ecosfera delle attività industriali inquinanti. Ma è assurdo pretendere che siano le imprese a farsi carico spontaneamente della tutela dell'ambiente o dei diritti di tutti alla salute. Anche a voler ammettere che i fini della sfera pubblica – dalla pace alla sicurezza e alla tutela di beni e diritti fondamentali – siano nell'interesse vitale di tutti, e perciò anche del mondo degli affari, è chiaro che essi non possono, per loro natura, essere raggiunti con mezzi privati, ma solo con mezzi pubblici.

D'altro canto, ciò che si richiede per la tutela della pace e dei diritti umani è non tanto il rafforzamento e la democratizzazione, nelle forme improbabili di una rappresentatività politica planetaria, delle funzioni e delle istituzioni di governo dell'Onu, quanto piuttosto l'introduzione di adeguate garanzie e di correlative istituzioni di garanzie: in primo luogo quelle della pace imposte dal divieto della guerra; in secondo luogo quelle dei diritti umani, in sostituzione e se necessario anche contro gli Stati.

La principale garanzia della pace, oltre che della sicurezza interna nei confronti del terrorismo e della criminalità, sarebbe, evidentemente, l'affermazione del monopolio

giuridico della forza in capo a istituzioni di polizia internazionale: in altre parole il disarmo generalizzato e la messa al bando delle armi – della loro produzione, del loro commercio e della loro detenzione – quali *beni illeciti*, ben più delle sostanze stupefacenti, perché destinate ad uccidere. Frattanto, tuttavia, ai fini della tutela della pace e della sicurezza internazionale, basterebbe l'istituzione, finalmente, della forza di polizia internazionale prevista dal capo VII della Carta dell'Onu: la quale, se fosse stata istituita all'indomani della caduta del muro di Berlino avvalendosi della cooperazione di delle diverse polizie nazionali, sarebbe intervenuta in tutte le crisi degli anni passati con ben maggior forza e credibilità e senza le inutili devastazioni provocate dalle guerre dal cielo dei paesi occidentali.

La tutela dei diritti umani richiederebbe invece il rafforzamento o la creazione di adeguate *istituzioni internazionali di garanzia*: il rafforzamento di vecchie istituzioni come la Fao e l'Organizzazione mondiale della sanità, attualmente prive di mezzi e soprattutto di concreti poteri di erogazione e di redistribuzione; la creazione, per altro verso, oltre che della forza di polizia a tutela della pace e della sicurezza di cui appena si è detto, di idonee istituzioni deputate alla tutela dell'ambiente, alla garanzia dell'istruzione, dell'abitazione e di altri diritti vitali attualmente insoddisfatti. Ma è chiaro che il presupposto essenziale di una sfera pubblica internazionale è la creazione di un *fisco mondiale*, cioè di un potere sovrastatale di tassazione volto a reperire le risorse necessarie a finanziare le funzioni redistributive delle istituzioni di garanzia: l'introduzione, dunque, della cosiddetta "Tobin tax" sulle transazioni internazionali proposta dai movimenti "no-global", ma anche, sulla base di principi elementari del diritto privato, di ancor più giustificate tassazioni sull'uso e sull'abuso, da parte delle imprese dei paesi ricchi, dei cosiddetti *beni comuni* dell'umanità – dalle orbite satellitari alle bande dell'etere e alle risorse minerarie dei fondi oceanici – attualmente sfruttati a titolo gratuito come fossero *res nullius* anziché, secondo quanto stabilito dalle convenzioni internazionali sul mare e sugli spazi extra-atmosferici, "patrimonio comune dell'umanità" ¹¹.

Io credo che la prospettiva di un simile allargamento alle relazioni internazionali del

paradigma dello stato costituzionale di diritto – in breve la costruzione di una sfera pubblica mondiale – sia oggi la principale sfida lanciata dalla crisi dello Stato alla ragione giuridica e alla ragione politica. Tale prospettiva, infatti, è non soltanto implicata e perciò normativamente imposta, se prendiamo il diritto sul serio, dal disegno normativo della Carta dell'Onu e delle Dichiarazioni e convenzioni sui diritti umani, ma rappresenta la sola alternativa razionale a un futuro di guerre, di violenze e di fondamentalismi. Per quanto l'odierna anarchia internazionale equivalga di fatto al primato della legge del più forte, essa non giova, nei tempi lunghi, neppure al più forte, risolvendosi in una generale insicurezza e precarietà: giacché sempre "il più debole", come scrisse Thomas Hobbes, "ha forza sufficiente per uccidere il più forte o con una macchinazione segreta o alleandosi con altri" ¹².

Nulla, purtroppo, consente oggi di essere ottimisti. Ma questo non toglie il carattere fallace del determinismo "realista" che informa buona parte del pensiero politico e giuridico odierno. Nei processi in atto non c'è nulla di naturale né di necessario. Questi processi sono il frutto di scelte politiche, o se si preferisce di un vuoto di politica, che è parimenti il frutto di una scelta, e richiedono perciò alla politica e ancor prima alla cultura giuridica e politica, se li si vuol contrastare, la progettazione delle nuove e specifiche garanzie di uno stato di diritto internazionale in grado di fronteggiarli. È sempre stato così, nella storia delle istituzioni. Non dobbiamo perciò confondere problemi teorici con problemi politici, presentando come irrealistiche le scelte che non vengono fatte, occultando perciò le responsabilità della politica e così legittimando ed assecondando come "inevitabile" ciò che di fatto accade. La critica dell'Onu come istituzione impotente e obsoleta, priva di mezzi e di poteri, destinata al fallimento per il carattere utopistico del suo disegno universalistico è sotto questo aspetto emblematica. Giacché quell'impotenza e quei fallimenti dipendono unicamente dalla volontà politica delle grandi potenze, e in particolare degli Stati Uniti, e verrebbero meno ove il diritto internazionale vigente fosse preso sul serio: se non per ragioni morali o giuridiche, quanto meno nell'interesse di tutti, ossia a tutela della comune sicurezza e sopravvivenza.

NOTES

1. Cfr. in questo stesso volume, P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*.
2. Rinvio, sulla questione dei rapporti tra diritti fondamentali e garanzie, al mio *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 26-33 e, in risposta alle critiche di Riccardo Guastini, pp. 156-171.
3. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 5 ss.
4. Si ricordi il giudizio sferzante che ne dette Jeremy Bentham nel pamphlet intitolato *Anarchical Fallacies* del 1796 (ed. fr. del 1816, a cura di É. Dumont, *Sophismes anarchiques*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1840, vol. I, pp. 505-526), in cui Bentham qualifica la Dichiarazione, con i suoi principi e i suoi diritti, come una sorta di trattatello di diritto naturale esposto in articoli, senza rendersi conto che, una volta stipulati, quei principi avevano cambiato natura divenendo norme vincolanti di diritto positivo.
5. Fin dalla prima pagina del *Leviatano*, lo Stato è chiamato da Hobbes "an artificial man" e il diritto ("equity and laws") "an artificial reason" (T. Hobbes, *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668 in nota, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano, 2001, The Introduction, p. 1).
6. C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], tr. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, § 1, p. 15. E più oltre: "L'atto della legislazione costituzionale in quanto tale non contiene determinate singole normative, ma definisce con una sola decisione il complesso dell'unità politica rispetto alla sua forma speciale di esistenza. Questo atto *costituisce* la forma e la specie dell'unità politica, la cui esistenza è presupposta" (ivi, § 3, p. 39). Cfr. anche, ivi, § 18, pp. 313 ss. Per una critica più analitica di queste tesi, cfr. il mio *Diritti fondamentali*, cit., pp. 155-156, 316-317 e 338-345.
7. Si ricordi la classica definizione di Ulpiano: "Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" (D 1.1.1.2).
8. Come ha mostrato Rosaria Ferrarese, in mancanza di istituzioni all'altezza dei nuovi rapporti, il diritto della globalizzazione viene sempre più modellandosi, anziché nelle forme pubbliche, generali ed astratte della legge, in quelle private del contratto (M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000). Sul diritto nell'età della globalizzazione, cfr. anche S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2000, n. 4, pp. 765-777; U. Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in "Democrazia e diritto", 1995, 3-4, pp. 47 ss; Id., *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.; *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina, 2002.
9. UNDP. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano La globalizzazione*, Rosenberg e Sellier, Torino, 1999, p. 55. Il divario di reddito tra il quinto della popolazione mondiale che vive nei paesi più ricchi e il quinto che vive nei paesi più poveri era di 30 a 1 nel 1960, di 60 a 1 nel 1990 e di 74 a 1 nel 1997 (ivi, p. 19).
10. Cfr. G. Tognoni *I farmaci essenziali come indicatori di diritto*, in "Giornale italiano di farmacia clinica", 12, 2, aprile-giugno 1998, pp. 116-122, che ricorda che nel 1977 l'Organizzazione mondiale della sanità compilò una lista di "farmaci essenziali", oggetto in quanto tali di distribuzione obbligatoria, dei quali propose la seguente definizione: "si definiscono 'farmaci essenziali' quelli che soddisfano i bisogni sanitari della maggior parte della popolazione e che devono quindi essere disponibili in ogni momento in quantità sufficiente e nella forma farmaceutica appropriata". La lista contemplava originariamente poco più di duecento farmaci. Nel 1997 ne conteneva poco meno di trecento, quasi tutti non costosi.
11. L'art. 1 del *Trattato sugli spazi extra-atmosferici* del 27 gennaio 1967 qualifica tali spazi come "appannaggio dell'umanità intera", imponendone l'"utilizzazione per il bene e nell'interesse di tutti i paesi, quale che sia lo stadio del loro sviluppo economico o scientifico". Analogamente, gli artt. 136-140

della *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* del 10 dicembre 1982 affermano che "l'Area (di alto mare) e le sue risorse sono patrimonio comune dell'umanità", che "le attività nell'Area sono condotte a beneficio di tutta l'umanità, tenuto particolarmente conto degli interessi e delle necessità degli Stati in via di sviluppo" e che va "assicurata l'equa ripartizione dei vantaggi che ne derivano su base non discriminatoria". Su queste basi, è stata proposta una tassazione internazionale

per lo sfruttamento delle risorse minerarie dei fondi oceanici (cfr. D.E. Marko, *A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and Proposed Alternative*, in "Journal of Natural Resources and Environmental Law", 1992), nonché per l'uso delle orbite satellitari intorno alla terra e delle bande dell'etere (cfr. G. Franzoni, *Anche il cielo è di Dio. Il credito dei poveri*, EdUP, Roma, 2000, pp. 91-113).

12. T. Hobbes, *Leviatano*, cit., cap. XIII, 1, p. 203.