

Il lato oscuro dei Diritti umani

Esigenze emancipatorie e logiche di dominio
nella tutela giuridica dell'individuo



a cura di
Massimo Meccarelli
Paolo Palchetti
Carlo Sotis

Il lato oscuro dei Diritti umani

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Il lato oscuro dei Diritti umani:
esigenze emancipatorie e logiche di dominio
nella tutela giuridica dell'individuo

a cura di Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2014

Historia del derecho, 26

© 2014 Autores

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Motivo de cubierta y diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9031-921-5

ISSN: 2255-5137

Depósito Legal: M-8282-2014

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/18380>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

SOMMARIO

Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio	9
---	---

Prospettive

Pietro Costa Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica	27
Domenico Pulitanò Diritti umani e diritto penale	81
Tullio Scovazzi Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale	115

Figure

Roberto Bartoli “Chiaro e oscuro” dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto	137
Pietro Sullo <i>Una truth commission senza verità? L’Istance Equité et Réconciliation</i> nella transizione marocchina	157
Francescomaria Tedesco Linee di faglia. Diritti umani, sovranità, pena di morte	203

Mutamenti

Sergio Labate	
La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire da <i>Diritto naturale e dignità umana</i> di Ernst Bolch	237
Ombretta Di Giovine	
Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale	263
Stefano Manacorda	
“Dovere di punire”? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto	307
Luca Scuccimarra	
Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla “ <i>responsibility to protect</i> ”	349
Gli Autori	385
Indice	387

I DIRITTI UMANI TRA ESIGENZE EMANCIPATORIE E LOGICHE DI DOMINIO

Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis*

Ragionare sui diritti umani oggi significa ragionare su uno spazio giuridico in sofferenza. Una sofferenza legata indissolubilmente al loro straordinario successo. Più aumenta il raggio di luce di cui i diritti umani si fanno portatori più emerge il cono di ombra, il loro lato oscuro.

Questa dimensione chiaroscura dei diritti umani è emersa durante la preparazione di due precedenti libri, sempre di taglio interdisciplinare, dedicati, rispettivamente, all'eccezione¹ e allo *ius peregrinandi*². Il tratto comune che è sembrato emergere da quelle riflessioni, infatti, è l'esistenza di un complesso gioco di rifrazioni che si instaura a volte tra discorsi dei diritti e pratiche discriminatorie. Uno per tutti: il concetto di "guerra umanitaria". Riflettere sull'eccezione a partire dal terrorismo internazionale e sulle dinamiche di esclusione a partire dallo *status* di straniero ha nitidamente messo in luce il contrasto, per usare le parole di Pietro Costa, nel saggio che apre questo volume, tra «la vocazione universale e la portata relativa» che da sempre caratterizza i diritti umani.

Di conseguenza, ad ideale chiusura di questa "trilogia", il libro che qui presentiamo affronta direttamente la questione che si è aggirata nel corso dei due precedenti: una riflessione, di taglio interdisciplinare, che in una prospettiva di piena consapevolezza e difesa dell'irrinunciabile valore del discorso dei diritti umani, si sforza di riflettere sul loro lato oscuro, con la convinzione che il

* I curatori desiderano ringraziare il prof. Manuel Martínez Neira per la collaborazione alla pubblicazione del presente volume. Un ringraziamento va anche ai dottori Ludovica Bosica, Loris Marotti e Lucas Carlos Lima per il contributo al lavoro di revisione editoriale del manoscritto.

1 M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, EUM, 2011.

2 M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012.

discorso sui diritti umani rischia di indebolirsi in caso di difetto di critica. In tale prospettiva le analisi contenute in questo volume tendono a mettere in evidenza alcune irrisolte tensioni, che caratterizzano il rinnovarsi del processo di affermazione dei diritti.

1. *Chiaro-scuri: tensioni dicotomiche nei diritti umani*

Si può cercare di riassumere queste tensioni attraverso l'individuazione di almeno tre coppie dicotomiche: universalità/ineffettività, generalità/discriminazione, moltiplicazione/contrapposizione. Coppie dicotomiche che investono tre questioni distinte ma tutte egualmente rilevanti: l'identificazione del novero dei diritti umani (e, di riflesso, dell'individuo che ne è titolare), la definizione dei mezzi di tutela e la dinamica che sovrintende alla composizione dei conflitti tra diritti. Utilizzando le parole di Pulitanò: «controverso il catalogo dei diritti umani; e controversi i modi del loro temperamento e della loro tutela».

Cominciamo dalla coppia dicotomica universalità/effettività. Scriveva Norberto Bobbio che in un discorso generale sui diritti umani «occorre per prima cosa tenere distinta la teoria dalla prassi, o meglio rendersi subito conto che teoria e prassi camminano su due binari distinti e a velocità molto diverse». E ancora: «dei diritti dell'uomo si è parlato e si continua a parlare [...] molto di più di quel che si sia riusciti sinora a fare per riconoscerli e proteggerli effettivamente»³. Benché difficilmente la potremmo qualificare come un "lato oscuro", considerata l'evidenza con cui questo dato si impone, la distanza tra enunciazione ed attuazione resta uno dei punti critici del discorso sui diritti umani. Se può apparire inutile insistere su questo punto tanto è stato ormai studiato e denunciato, può essere invece interessante, per iniziare ad addentrarsi nella ricerca dei lati oscuri dei diritti umani, mettere in luce, con rapidi cenni, alcuni dei temi emersi intorno alla questione dell'effettività dei diritti umani.

Un primo nucleo di riflessioni muove dall'analisi del fenomeno, realizzato principalmente a partire dal secondo Novecento, della costituzionalizzazione dei diritti umani. Si tratta – come rilevano Pietro Costa e Roberto Bartoli – di un passaggio fondamentale nella direzione di una riduzione dello iato tra enunciazione e realizzazione, soprattutto perché si accompagna ad un accre-

3 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 67.

scimento del ruolo del giudiziario, «assunto come custode ultimo del rispetto dei diritti fondamentali» (così Costa). Ed è, inevitabilmente, un passaggio segnato da alcuni chiaroscuri, che nel caso di specie appaiono soprattutto discendere dal rischio di una politicizzazione dell'operato di un giudice, sempre più spesso chiamato ad affrontare il delicato problema della risoluzione di conflitti tra diritti. Torneremo più avanti su questo aspetto.

Se dalla dimensione statale ci si sposta a quella internazionale, la questione dell'effettività sembra trovare la sua principale causa in quello che Tullio Scovazzi chiama un «paradosso» e che Antonio Cassese chiamava una «circostanza singolare»: «gli enti che dovrebbero assicurare il rispetto di quei diritti sono gli Stati sovrani e cioè proprio quelli che invece più o meno quotidianamente li calpestano»⁴. Qui non tanto di lato oscuro sembra potersi parlare quanto piuttosto della presa d'atto di un dato strutturale dell'ordinamento internazionale. Semplificando i termini del problema, si può provare a riassumere il nucleo della questione osservando come, sul piano internazionale, la distanza tra enunciazione ed attuazione dà la misura di come, nonostante le profonde modifiche intervenute a partire dalla seconda metà del Novecento, lo Stato sovrano – uno Stato restio ad accettare limiti ed a sottoporsi a procedure di controllo, tanto meno se di natura giurisdizionali – resti il vero protagonista della società internazionale; l'individuo, pur avendo avviato un percorso che lo ha portato ad un progressivo affrancamento dal ruolo di suddito, resta in generale privo dei mezzi di tutela che gli permettono di contrastare le violazioni dei diritti fondamentali. Il tema è ampiamente sviluppato nel saggio di Tullio Scovazzi, ma si ritrova anche nei saggi di Pietro Sullo e Roberto Bartoli.

Un ultimo spunto di riflessione attiene agli strumenti per garantire l'effettività dei diritti umani. In questo contesto si inseriscono le analisi dedicate da Stefano Manacorda e da Domenico Pulitanò alla delicata questione dell'utilizzazione degli strumenti del penale per sanzionare la violazione di diritti umani. Il problema, in particolare, è quello di stabilire in quale misura il riconoscimento agli individui di un diritto fondamentale, possa comportare un obbligo per lo Stato di incriminare la condotta di chi quel diritto ha leso. Il rischio (il possibile lato scuro) che entrambi gli autori prospettano è che tali obblighi potrebbero «avere una dimensione sovversiva rispetto ai diritti dell'uomo che pretendono tutelare» (Manacorda).

⁴ A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 115.

Veniamo alla seconda coppia dicotomica: generalità/discriminazione. La critica all'universalità dei diritti umani è nota. «L'universalità è, per ora, un mito» – osservava Antonio Cassese⁵. In termini più netti, nel suo saggio, Labate punta il dito contro la violenza della «retorica occidentale dei diritti umani», perimetrando il discorso sui diritti umani all'interno di uno spazio raccolto tra «l'impotenza delle dichiarazioni senza tutele e, d'altra parte, la potenza estrema dell'imposizione occidentale, che ha reso i diritti umani arma di conquista di un modello culturale sugli altri». È fuor di dubbio che tutto il lungo processo che ha portato all'emersione dei diritti umani – dai diritti attribuibili a tutti i popoli e a tutti gli esseri umani di cui parlava Vitoria ai diritti positivizzati di oggi – sia una storia animata da una costante tensione tra l'aspirazione a parificare e la pulsione a discriminare. L'ampio affresco storiografico disegnato da Costa è lì a ricordarcelo.

Si può discutere se questa continua tensione tra universalismo e particolarismo, tra eguaglianza e discriminazione, costituisca il vero “lato oscuro” del discorso sui diritti umani oppure, come suggerisce Costa, «l'espressione della sua integrale storicità o “finitezza”, della sua appartenenza a una dinamica intersoggettiva che non dispone di punti fermi, di parametri acquisiti una volta per tutte, ma procede nel continuo confronto fra pretese inevitabilmente contingenti». Interessa qui sottolineare come, nella fase storica attuale, questa tensione, sempre esistente all'interno della storia dei *moral rights*, tenda a manifestarsi sotto forma una vera e propria “corsa ai diritti”. L'eliminazione delle differenze (o la loro valorizzazione ai fini del perseguimento di una eguaglianza sostanziale) si realizza attraverso il progressivo riconoscimento di sempre nuovi diritti. Si innesca, in sostanza, un processo di proliferazione dei diritti, che ha come portato una accresciuta «litigiosità dei diritti» (l'espressione è di Ombretta Di Giovine).

Arriviamo così alla terza ed ultima coppia dicotomica: moltiplicazione/contrapposizione. La moltiplicazione dei diritti rappresenta per certi aspetti un momento del complesso processo nella direzione di una universalizzazione dei diritti: si riconoscono diritti a categorie a cui erano negati o, per altro verso, si reclamano diritti speciali che, andando al di là di una semplice eguaglianza formale, tengano conto delle specificità.

Tuttavia tale moltiplicazione non è priva di riflessi. La competizione tra diritti infatti nasconde un cambio di paradigma che segna il passaggio, come Pietro Costa evidenzia bene, dalle lotte *per i* diritti a lotte *intorno ai* diritti. In questa nuova prospettiva la rivendicazione dei diritti non si fa vettore di

⁵ Ivi, p. 55.

una soluzione del conflitto orientata alla produzione di effetti emancipatori; al contrario alimenta i conflitti, rappresentando un elemento intorno al quale svolgere una dialettica di relazioni di potere all'interno di una società e/o nel quadro dei grandi equilibri geopolitici. In tal senso la rivendicazione dei diritti si fa promotrice di una dinamizzazione che non è più programmaticamente emancipatoria, ma è solo legata ad una logica di rapporti di forza.

Altro problema posto dalla competizione tra diritti riguarda la loro effettività. Come osservato da Ombretta Di Giovine, «quando e quanto più ristretto era il novero dei diritti e quello dei soggetti ammessi a goderne, tanto più agevole si rivelava la loro concreta attuazione ed il loro inveroamento nella prassi». Inoltre il conflitto tra diritti impone di realizzare un'opera di temperamento tra le varie istanze. E qui il rischio, come messo in luce da Domenico Pulitanò e da Roberto Bartoli, è quello di operare un bilanciamento tra diritti fondamentali e diritti che non hanno tale consistenza, o di relativizzare attraverso il bilanciamento diritti che invece dovrebbero essere considerati come assoluti.

In una prospettiva dinamica, il conflitto tra diritti solleva un problema più generale. Si tratta del problema «delle regole necessarie per risolvere gli ineliminabili conflitti e per decidere a chi spetti assumersi la responsabilità delle decisioni difficili» (Di Giovine). E su questo occorre interrogarsi: «Su quale terreno si collocano le scelte da valutare ed attuare, di volta in volta?» (Pulitanò) Sul piano della negoziazione politica a livello legislativo o su quello del ragionamento giuridico operato dal giudice?

Se dunque la partita tra aspirazione all'universale e al particolare tende oggi a giocarsi soprattutto sul terreno dei conflitti tra diritti, diviene allora decisivo stabilire chi detiene il potere di risolvere tale conflitto ed entro quale cornice di regole esso è tenuto ad operare.

2. Diritti umani tra politica e giustizia

I diritti umani intervengono così a fondo sulla questione dei conflitti tra poteri che essi non solo incidono sulla redistribuzione del potere tra legislativo e giudiziario ma finiscono per modificare direttamente il modo di essere e di operare di questi poteri. I diritti umani producono infatti due speculari ibridazioni tra la dimensione giuridica e quella politica. Schematizzando all'estremo possiamo dire che i diritti umani innescano, una "giuridicizzazione della politica" e una "politicizzazione della giustizia".

A ben vedere il fenomeno costituisce la stessa ragion d'essere dei diritti umani nel tempo della Costituzione intesa come *higher law*. Come ha detto con la solita chiarezza Norberto Bobbio, «oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile con quello di diritti dell'uomo»⁶. Funzione tipica dei diritti umani è quella di porsi come limite del politico (Bartoli). È quindi fisiologico che essi abbiano a loro volta una dimensione necessariamente politica e porre un limite al politico è un indubbio lato chiaro dei diritti. Tuttavia, come stiamo per vedere, anche qui il chiaro reca con sé l'oscuro perché tracciando il perimetro dell'agire politico si finisce necessariamente anche per disegnare la forma dell'agire politico.

a) Giurisdizionalizzazione della politica

È quanto avviene nella prima delle due accennate tensioni speculari tra dimensione politica e giuridica, in cui il chiaroscuro si vede sovrapponendo i vari contributi. Numerosi autori sottolineano infatti a più riprese la natura necessariamente individuale dei diritti («il discorso dei diritti è individualistico per definizione», afferma Domenico Pulitanò) e il loro ruolo di potenti fattori di legittimazione o delegittimazione delle ragioni di un conflitto (Costa).

Questo tuttavia comporta che la lotta per il riconoscimento e l'affermazione di un bisogno o di un'aspettativa nell'età dei diritti deve necessariamente tradursi nella rivendicazione di un determinato diritto: solo i bisogni e le aspettative traducibili in diritti umani possono, infatti, godere della legittimazione a questi assegnati e hanno quindi delle *chances* di ottenere riconoscimento nell'agone dell'azione politica. In altre parole rivendicare di fronte al potere giudiziario i diritti negati dalla politica, in chiave di strumento di “lotta per i diritti”, è una azione politica così performante (lato chiaro), che finisce per imporre che si può lottare solo per dei diritti (lato oscuro).

Alcune ragioni di questo lato oscuro sono sottolineate da Stefano Rodotà in un suo recentissimo libro: «la politica, pur in presenza di domande sociali di cui si riconosce forza e rilevanza, può decidere di non prenderle in considerazione, al giudice questa possibilità è preclusa tutte le volte che nel sistema si può, e dunque si deve, trovare una base legale per la risposta»⁷. Ecco però affiorare i lati oscuri della ricerca di “base legale” delle domande sociali: in

6 Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 58.

7 Così, nel volume assolutamente esemplificativo, sin dal titolo della centrale funzione politica svolta dai diritti S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, pp. 60 ss.

primo luogo quella spinta alla moltiplicazione dei diritti a cui abbiamo già accennato; in secondo luogo l'assunzione da parte dei diritti umani di una funzione di conformazione dell'agire politico e dei bisogni sociali, poiché gli unici bisogni che si possono rivendicare finiscono per essere quelli che possono avere una "base legale". I diritti umani finiscono, infatti, per decidere per quali domande sociali valga la pena di lottare, proprio perché si può efficacemente agire solo per quelle traducibili in diritti.

Domenico Pulitanò denuncia opportunamente «la tendenza a definire come un diritto tutto ciò che può essere desiderabile», ma è possibile forse spingersi oltre e ipotizzare che il lato oscuro sia ben più profondo producendo anche l'effetto inverso, cioè «la tendenza a desiderare solo ciò che possa essere giuridicizzabile». Qualche esempio.

Le azioni politiche dei movimenti omosessuali si sono concentrate sul diritto a contrarre matrimonio. È, tuttavia, possibile dubitare che i *bisogni* sociali delle coppie omosessuali si identifichino e si risolvano con il *diritto* di contrarre matrimonio. D'altra parte è lecito ipotizzare che, se le rivendicazioni sembrano oggi concentrarsi su tale questione, ciò derivi dal presupposto legale di questa specifica domanda sociale e, quindi dalla possibilità di rivendicarla con i canoni e gli strumenti dei diritti umani.

Altro esempio: il discorso sul c.d. "diritto all'acqua", rivelatore della difficoltà, ma anche della necessità, di tradurre la rivendicazione di un *bisogno* fondamentale in un omologo *diritto* fondamentale. Gli sforzi di trasformazione di questo bisogno in un diritto sono rivelatori di tale campo di tensione. La natura individuale dei diritti umani mal si concilia con la necessaria rivendicazione collettiva, che sta alla base del "diritto all'acqua"; al contempo però è proprio la rivendicazione di questo diritto come diritto umano, che sembra poter legittimare il riconoscimento nel campo giuridico della natura pubblica e gratuita dell'acqua⁸.

Gli esempi potrebbero continuare⁹, basti pensare alle lotte per i *civil rights* delle c.d. minoranze razziali negli Stati Uniti negli anni '60 del secolo scorso, di cui sono ben note le fondamentali conquiste ma anche i limiti: la traduzione di aspettative nei termini dei diritti di non discriminazione di una

8 Espressiva di questa chiaroscuro è tutta la riflessione sui beni comuni, sul c.d. "costituzionalismo dei bisogni" e sulla dignità umana. Su tutti questi profili un affresco v. ora Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 94 s., 126 s., 140 s.

9 Per un quadro di insieme sull'uso del diritto come strumento di lotta politica v. L. Israël, *L'arme du droit*, «Contester», Paris, Ed. Presses de Sciences Po, 2009; trad. it. *Le armi del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. pp. 51 ss.

determinata categoria comporta inevitabilmente la oggettivizzazione di quella categoria, che non sempre è lo scopo voluto (non è affatto scontato che l'aspettativa sociale e individuale sia di essere definiti in virtù della riconducibilità ad una specifico *status*).

Rivendicare i diritti degli omosessuali o dei c.d. afroamericani comporta una costruzione forte ed oggettiva di queste categorie (*gli omosessuali, gli afroamericani*) con la conseguenza che, per dirla con Foucault¹⁰, atti o fatti del corpo divengono giocoforza atti o fatti dell'anima. Così, sia coloro che attuano una determinata discriminazione, sia coloro che lottano contro quella discriminazione rivendicando i diritti di una categoria, finiscono per produrre pratiche di differenziazione; in primo luogo oggettivizzando una categoria e le ragioni dell'appartenenza e, in secondo luogo, alimentando una conflittualità sociale tra categorie. Come ricorda Ombretta Di Giovine, infatti, le soluzioni giuridiche di non discriminazione di una categoria comportano necessariamente la discriminazione delle altre categorie in competizione. Del resto, come ha mostrato Pietro Costa, la storia dei diritti individuali rivela che già originalmente i diritti umani nascono per cambiare i modi della discriminazione piuttosto che per eliminarla.

b) Politicizzazione della giustizia

Ancora più evidente è forse la dinamica opposta, definibile come "politicizzazione della dimensione giuridica". La costituzionalizzazione e la relativa giurisdizionalizzazione dei diritti umani (Costa, Bartoli) pone infatti il problema centrale di chi possa e debba effettuare le scelte di bilanciamento (o, come vedremo, di negoziazione) tra interessi contrapposti: la politica o la giustizia.

Qui, schematizzando al massimo, è possibile individuare tre nuclei tematici emergenti dai contributi: 1) Diritti umani e ridefinizione giudiziale delle scelte effettuate dalla politica; 2) Diritti umani e ridefinizione giudiziale di scelte che altri diritti umani assegnano in via esclusiva alla politica; 3) Diritti umani e rivendicazione di potere da parte ora della giustizia ora della politica.

Il primo profilo attiene alla fisiologia della costituzionalizzazione dei diritti umani ed è unanimemente salutato come lato chiaro. Lo dice chiaramente Roberto Bartoli quando soffermandosi sul rapporto tra bilanciamento e i tentativi di sovvertimento del sistema fa l'esempio della dichiarazione di incostituzionalità della legge tedesca sull'abbattimento degli aerei civili di-

¹⁰ M. Foucault, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976; trad. it. *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 2004, pp. 42 ss.

rottati¹¹. Qui il tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa che autorizzava l'abbattimento di aerei con civili a bordo, diretti contro edifici abitati, facendo leva sulla improponibilità di un bilanciamento siffatto (sacrificio delle vite dei civili a bordo per salvare le vite degli abitanti dell'edificio). Dello stesso tenore gli altri esempi (Bartoli, Pulitanò) sull'emersione di un sedicente diritto umano alla sicurezza da contrapporre in quanto tale ad altri interessi in gioco (quindi libertà personale *vs* sicurezza, dignità *vs* sicurezza), trasformando in questo modo un obiettivo strumentale (la sicurezza di per sé non è un valore, ad esserlo sono i beni che occorre assicurare: vita, salute, diritti civili, patrimonio, ecc.) in uno finale.

È proprio sul riferimento ai diritti umani che finisce per poggiare il potere della giustizia. Tuttavia anche qui vi è il chiaroscuro: lo sviluppo crescente di questo primo nucleo comporta un fisiologico aumento di legittimazione e quindi di capacità di azione del ragionamento giuridico operato dal giudice rispetto a quello della negoziazione politica a livello legislativo.

Ecco infatti apparire la seconda tipologia di ipotesi, quando una *Corte* dei diritti ritenga di dovere e potere effettuare scelte tra diritti in conflitto a fronte di una *Carta* dei diritti che attribuisce in via esclusiva al legislatore la possibilità di effettuare quella scelta.

Insomma, per dirlo nel solco della metafora di Pietro Costa, si produce un conflitto generazionale, tra diritti umani più anziani, nati e cresciuti nella modernità giuridica, che premevano su garanzie di tipo formale (riservare esclusivamente alla legge la possibilità di effettuare determinate scelte in virtù della loro dimensione irriducibilmente politica) e diritti umani più giovani, figli della postmodernità, che alla mitologia della generalità e dell'astrattezza della legge come atto espressivo della volontà del legislatore, sostituiscono le nuove mitologie della ragionevolezza e della persuasività dell'argomentazione del giurista fondata sui diritti fondamentali.

Un esempio su tutti: il caso dei c.d. obblighi di penalizzazione espressi dalle Corti (costituzionali e sovranazionali) a cui abbiamo già fatto riferimento nella prospettiva dell'effettività della tutela. L'impalcatura della costruzione di tali obblighi fa leva sulla natura fondamentale dei diritti in gioco della vittima (vita, libertà sessuale) che conduce una Corte (in particolare, in questo momento storico, la Corte EDU) ad affermare che un determinato comportamento debba

¹¹ Su cui v. ampiamente il saggio di D. Siciliano, *Dall'eccezione dell'ordine all'ordine dell'eccezione: Governance globale nello spazio giuridicamente vuoto*, in Meccarelli, Palchetti, Sotis, *Le regole dell'eccezione* cit., pp. 233 ss.

essere penalizzato nonostante l'opzione di segno contrario effettuata dal legislatore nazionale. Ad andare fortemente sotto *stress* in questo modo è la riserva di legge in materia penale, sancita in molte Carte dei diritti come strumento di concreta attuazione del principio di legalità penale. Come intuibile, tutti gli autori penalisti (Pulitanò, Di Giovine, Bartoli) le dedicano attenzione; quello di Stefano Manacorda è dedicato per intero a tale questione.

Il massimo punto di tensione nell'interazione tra conflitti di potere e conflitti tra diritti sembra tuttavia raggiungersi per quelle vicende relative al terzo nucleo tematico. Quelle in cui a seguito di una decisione su un conflitto tra diritti preso ora dal potere giudiziario, ora dal potere legislativo, l'altro potere rivendica il diritto a decidere in via esclusiva.

Domenico Pulitanò fa riferimento «all'inconsueto conflitto di attribuzioni, che i due rami del Parlamento hanno sollevato contro la sentenza della Cassazione sul caso Englaro, che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile (ord. n. 334 del 2008)». Ma non mancano casi in cui è il potere giudiziario a ritenere che in virtù della natura fondamentale e prevalente di determinati diritti (la salute e la vita nel caso di specie) la politica non possa né pretendere di effettuare bilanciamenti tra questi ed altri diritti né mettere in discussione le sue azioni. Ci riferiamo al caso dell'ILVA di Taranto, paradigmatico del chiaroscuro dei rapporti tra potere giudiziario e potere politico nella gestione dei conflitti tra diritti¹².

Questo terzo nucleo tratta di casi limite. Anche per essi tuttavia risulta confermato l'assunto secondo cui il chiaroscuro è componente ineliminabile della vitalità dei diritti umani. Da esso ne dipende quindi l'evoluzione.

I contributi, nessuno escluso, mettono in evidenza questo nesso che lega chiaroscuro dei diritti e loro evoluzione. Ed è proprio la riflessione sulla direzione dell'evoluzione uno dei fili rossi del nostro volume. Occorre dunque volgere l'attenzione verso questo profilo e interrogarsi su quali cambiamenti di senso siano avvenuti nel discorso dei diritti umani.

¹² In questo caso, successivamente ad un provvedimento (cautelare e non definitivo) della magistratura il potere politico si riappropria di un conflitto, con un atto formalmente generale ed astratto (un decreto-legge, poi convertito dal Parlamento in legge), ma sostanzialmente individuale e concreto, riefettuando lui il bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco, rispetto a quello svolto dal potere giudiziario. La magistratura del caso ha quindi adito la Corte costituzionale, dubitando della legittimità costituzionale dell'intervento della politica anche sul fondamento della natura fondamentale e non bilanciabile dalla politica dei diritti in gioco (salute e vita). La Corte Costituzionale con la sentenza n. 85 del 2013 ha risposto negativamente.

3. *Il cambiamento di senso nel discorso sui diritti umani*

a) La funzione rivendicativa e le dimensioni spaziali dei diritti umani

Come già rilevato, un primo dato che emerge dai vari contributi è che il cambiamento di senso interessa soprattutto le valenze rivendicative dei diritti e porta a considerare il problema sul terreno del rapporto tra diritti e poteri, così come le forme democratiche attuali hanno contribuito a perfezionare (Labate). Cercare il lato oscuro dei diritti umani significa tornare a guardare, ma con occhi disincantati, a quel rapporto performativo, che si instaura tra diritti umani e sovranità statale, per cui libertà e sicurezza (hobbesianamente) si rafforzano reciprocamente (Pulitanò). Questo nesso tra sicurezza dei diritti e sicurezza dello Stato conosce oggi derive rilevanti.

I diritti (fondamentali e umani) come *moral rights* hanno cambiato il loro rapporto con lo spazio. Il percorso moderno aveva orientato nello spazio degli Stati (come soggetti che li riconoscono e li rendono effettivi) il campo di azione rivendicativa dei diritti. I diritti umani novecenteschi hanno poi cercato un universalismo autosufficiente, senza però assumere una curvatura antistatalista, piuttosto assegnando alle sovranità statali il compito di dare attuazione al *pathos* universalistico dei diritti (Costa).

Come Luca Scuccimmarra spiega, essi si pongono come portatori di uno «spazio di esperienza morale» che «irriducibile ad un concreto ordinamento dello spazio» si espande anche all'esterno degli Stati, assegnando alle sovranità statali un compito cosmopolitico (e biopolitico) di protezione dei diritti. Ciò fa coincidere insieme il «monopolio cosmopolitico della morale, del diritto e della violenza», giustificando la pratica della guerra umanitaria.

Ugualmente si può dire con riferimento alla lotta contro il terrorismo e ai regimi di diritto d'eccezione, che essa produce e giustifica; qui addirittura si attuano dei veri e propri tradimenti assiologici, per cui la protezione dei diritti giustifica un più generico diritto alla sicurezza, che a sua volta implica la violazione di diritti umani; oppure i diritti umani diventano un argomento giustificativo di misure di annientamento del nemico (Bartoli); o ancora i diritti umani diventano uno strumento di tutela di interessi statali prima anche che dell'individuo (Di Giovine).

Più ampiamente la concezione e lo svolgimento dei diritti umani si pone come parte integrante di un progetto di *governance* "neoliberale" dei conflitti (Scuccimmarra), un progetto nel quale la cosiddetta *responsibility to protect* si mette a sistema con la *global governmentality*¹³.

13 La governamentalità è infatti un processo di potere biopolitico che trova

La sovranità degli Stati, che ha permesso di associare il fondamento dei diritti ad una «autodeterminazione che si spoglia di qualunque metafisica» (Labate), ora viene vincolata ad un compito insindacabile di sostegno di una concezione “dicotomica” dell’ordine internazionale che contrappone gli Stati¹⁴ ad alto livello di “civilizzazione”, a quelli che non lo rispettano (Scuccimarra).

b) Diritti umani tra pluralismo dei valori e diversità delle culture

Altro cambiamento di senso per i diritti umani deriva dallo strumento di contenimento: le Carte costituzionali e i trattati internazionali. Questo nuovo contenitore, che poi coincide con la maturazione dell’idea dei diritti fondamentali come diritti umani dopo la seconda guerra mondiale, serviva a emancipare i diritti dalla gravità della sovranità statale. Essi hanno avuto il merito di sottrarre all’agone politico il problema dei diritti, usandoli come «pilastri fondativi della convivenza pacifica» (Bartoli). Ciò corrispondeva inoltre ad un importante passaggio, per cui con le Carte costituzionali i diritti umani venivano inseriti in un contesto di pluralismo dei valori tra di loro bilanciati, secondo una geometria variabile nel tempo e legata agli andamenti del confronto democratico all’interno della società.

Ciò però non spiega fino in fondo la ragione per cui oggi, come è stato messo in evidenza da Domenico Pulitanò, questa indisponibilità dei diritti alla dialettica politica si traduce in un campo di tensione fra il «discorso dei diritti e il principio democratico».

Il fatto è che la costruzione pluralistica dei valori e dei diritti oggi mostra delle inadeguatezze nella misura in cui appare incapace di includere nel patto costituzionale tutte le espressioni culturali che la società globalizzata esprime

attuazione proprio tra i regimi dell’eccezione attualmente praticati, come è emerso nel volume Meccarelli, Palchetti, Sotis, *Le regole dell’eccezione* cit.

¹⁴ Questo aspetto è emerso nel volume Meccarelli, Palchetti, Sotis, *Ius peregrinandi* cit.: il divieto di immigrazione viene a stabilire una linea fisica di demarcazione tra gli Stati fortezza e quelli da cui si fugge. Si permetta di rinviare a P. Palchetti, *Die völkerrechtlichen Aspekte der Migration*, in P. Hilpold, C. Perathoner (Hg.), *Immigration und Integration: völkerrechtliche und europarechtliche Antworten auf eine zentrale Herausforderung der Zeit*, Frankfurt am Main, Lang, 2010.

Si tratta per altro di un tratto originario della stessa costruzione dell’ordine giuridico internazionale a partire dal XIX secolo. Cfr. L. Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

(Bartoli). Ciò perché la moltiplicazione della costellazione dei valori è stata pensata nell'alveo di una concezione monistica dell'etica (Di Giovine); una sorta di pluralismo dei valori a base monoculturale, mentre nella fase attuale la domanda di tutela giuridica richiede di *misurare i diritti rispetto al pluralismo etico*.

Da qui il profilarsi di una complicazione nei processi (siano essi politici che giudiziari) di attuazione dei diritti fondamentali, perché si impone un superamento del criterio del *bilanciamento* e l'emersione di un criterio che si potrebbe definire *negoziale*. Lo coglie molto bene Ombretta Di Giovine attraverso la sua osservazione dei caratteri della giurisprudenza della Corte EDU. Anche dal versante filosofico sussistono, come mostra Sergio Labate, delle condizioni di pensabilità di una «tensione *regolativa* e non costitutiva cui far risalire la vera "natura" dei diritti umani universali». Un tale profilo regolativo, che determina la precipitazione materiale di valori concorrenti, si ottiene non solo per una capacità di bilanciare, ma anche per una capacità di mediare.

c) Matrice e natura dei diritti umani

Queste ultime osservazioni consentono di evidenziare un fronte in movimento nella vicenda storica dei diritti umani. Siamo infatti assistendo ad una trasformazione del formato dei diritti individuali che stanno alle origini di questa storia¹⁵ e in un certo senso anche rispetto alla dimensione politica e sociale di cui si sono arricchiti nel Novecento.

In sostanza, si tratta di pensare le forme di tutela giuridica, che i diritti fondamentali pretendono di garantire, sulla base di un principio di giustizia, piuttosto che sulla base di un principio di libertà; si tratta della «ricerca di un punto di equilibrio» spiega Labate; e noi potremmo aggiungere, riprendendo una efficace espressione coniata da Mario Sbriccoli¹⁶, che si tratta di una giustizia intesa come risultato accettato da un rito, piuttosto che come un oggetto predefinito sulla base di un fondamento metafisico o politico.

Che cosa sta accadendo?

¹⁵ In proposito si rinvia a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., Roma Bari, Laterza 1999-2001; Id., *Diritti fondamentali (storia)*, «Enciclopedia del diritto. Annali», II, T. II, pp. 365-417.

¹⁶ Su questo si veda M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

Come abbiamo già osservato, i diritti umani non hanno tutti la stessa matrice; i nuovi, quelli che oggi costituiscono il nucleo rilevante dei diritti rivendicati, hanno una derivazione non più solo legislativa ma anche (e soprattutto) giurisprudenziale. Viviamo ormai in una dimensione ordinamentale – fondata non più solo sul primato della legge, ma anche sulla giustiziabilità della legge¹⁷ – nella quale la giurisprudenza opera a pieno titolo come fonte del diritto (Di Giovine).

La nuova matrice dei diritti umani cambia anche la loro natura. Anzitutto dal punto di vista dei processi della loro effettivizzazione. Come è stato evidenziato (Costa, Bartoli), nei diritti prodotti dalla giurisdizione vi è un annullamento della distanza fra enunciazione e realizzazione dei diritti.

La nuova matrice sposta inoltre il problema dal *fondamento* alla *giustificazione* dei diritti (Di Giovine, Pulitanò), e attribuisce, come tratto distintivo del discorso sui diritti, la *tendenza* piuttosto che la *sostanza* (Labate).

I diritti umani non hanno dunque perso il loro carattere rivoluzionario, di contrasto a dinamiche omologanti e autoritarie (Scuccimarra), e non hanno cessato di porre gli ordinamenti giuridici di fronte alla necessità di un aggiornamento degli oggetti della tutela giuridica. Se è vero che il diritto «cerca altrove il suo senso umano» (Pulitanò) e il tratto *humanum* nei diritti può connotarsi per l'indicare un «movimento di emancipazione», piuttosto che l'imporre un «nucleo di conformità» (Labate), i nuovi diritti umani sembrano cercare nella giurisprudenza il terreno nel quale superare le proprie aporie e i propri lati oscuri.

4. Prospettive

Siamo dunque di fronte a quella via d'uscita dal «cuore nero» dei diritti, indicata da Sergio Labate e che consiste in un affrancamento dalla «violenza del fondare» e in una rinuncia alla loro «indifferenza nei confronti della storia»?

Evidentemente è questo il terreno più fertile nella nuova stagione dei diritti umani, ma la prospettiva giudiziale che in tal modo si abbraccia, per quanto abbia il potenziale per dare una prospettiva nuova al problema della tutela giuridica, non appare autosufficiente a ristabilire un regime di tutela dei diritti privi di lati oscuri.

¹⁷ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma Bari, Laterza, 2009.

Va infatti tenuto presente che la giustiziabilità delle leggi, come strumento per la soluzione del *deficit* di effettività di una tutela giuridica assicurata dai diritti umani, si è imposto in Europa attraverso un superamento di un orizzonte ordinamentale in senso monistico¹⁸.

Il punto di forza di questo diritto giurisprudenziale, in altri termini, non sta solamente nel fatto che vi sia una Corte suprema con un potere di interdizione della decisione politica (tramite un sindacato delle leggi statali) a partire da problemi di giustizia sostanziale: affinché il diritto giurisprudenziale effettivamente possa attuare regimi giuridici autonomi (e possa dunque farsi promotore di tutele giuridiche, sotto l'egida dei diritti umani e fondamentali), occorre che alla base vi sia un campo di tensione tra fonti del diritto, in cui siano più giurisdizioni a diverso titolo, senza un coordinamento gerarchico, ad assicurare la funzione di determinazione del diritto e della giustizia¹⁹.

Ma proprio questo, che costituisce una condizione essenziale affinché il diritto giurisprudenziale possa divenire momento ricettivo delle nuove rivendicazioni assiologiche, rappresenta anche un motivo di preoccupazione per alcuni riflessi indesiderati che può avere. Si pensi ad esempio all'impatto di questo diritto giurisprudenziale nel campo della giustizia penale²⁰, nel quale Ombretta Di Giovine ritiene «non penalisticamente sostenibile» la via di un sindacato diffuso sul contrasto tra la normativa interna e quella dell'Unione Europea. Nello specifico poi c'è anche l'esempio del già menzionato problema degli obblighi di tutela penale derivanti dalla necessità di garantire i diritti umani e al rischio di una espansione dei sistemi penali proprio nel segno di una promozione di tali diritti (Manacorda, Pulitanò).

Certo, a queste osservazioni si può ribattere che tale pericolosità del diritto giurisprudenziale per il sistema penale in un orizzonte ordinamentale pluralistico (e quindi effettivamente autonomo) non è il problema in sé; semmai il problema è ripensare il diritto penale e i suoi meccanismi di contenimento in un simile contesto ordinamentale. Ma ciò non cambia i termini del nostro

18 G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008.

19 Su questo ci permettiamo di rinviare alle analisi proposte in M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, pp. 721-745 e Meccarelli, Palchetti, Sotis, *Introduzione*, in Id. *Le regole dell'eccezione* cit.

20 A questo proposito ci si permetta di rinviare a C. Sotis, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012.

discorso circa il rischio che anche i nuovi diritti umani di produzione giurisprudenziale non diventino portatori di nuovi lati oscuri.

Occorre tener poi presente, lo ricorda Roberto Bartoli nel suo saggio, che il contesto istituzionale di riferimento è determinante per stabilire i modi con cui assicurare il punto di tenuta tra tutela dei diritti e tutela giuridica, o più semplicemente tra diritti e giustizia (nel senso sopra accennato).

Questo serve a prendere atto di un possibile, inevitabile dislocamento sul terreno della giustiziabilità delle leggi dei processi di produzione dei diritti, in un contesto come quello europeo, che, come ricordavamo, si è strutturalmente allontanato dalle impostazioni monistica statualista.

Una soluzione simile, in un contesto che non ha attuato un superamento di questo tipo, non produrrebbe un esito analogo e addirittura finirebbe per dotare l'ordinamento di uno strumento di egemonia del tutto sottratto a meccanismi di controllo e limitazione.

Sembra dunque opportuno tenere presente il persuasivo monito metodologico di Luca Scuccimarra²¹: effettuare letture (così come ricercare soluzioni) unilaterali e sistemiche per il nostro problema ha il limite di non consentire una comprensione della complessità fenomenologica dello stesso. Occorre invece tener conto dei «concreti processi» e dei «concreti presupposti costruttivi, al tempo stesso concettuali, normativi, discorsivi e simbolici», che sono alla base della deriva discriminatoria ed egemonica assunta dal discorso dei diritti umani.

Occorre dunque dare attuazione ad un diverso approccio alla soluzione del problema, approccio che passa attraverso la localizzazione e la differenziazione delle soluzioni (intese qui, sia come strumenti che servono a tradurre l'attribuzione di diritti in tutele giuridiche, sia nel senso di modi di essere della giustizia sostanziale dei diritti).

È su questo terreno incerto che la riflessione (giuridica, politica e filosofica) contemporanea deve sapersi inoltrare, se vuole restare fedele al messaggio dei diritti umani e con ciò contribuire ad assicurare, contesto per contesto, forme di protezione giuridica nelle quali le istanze emancipatorie restino separate dalle logiche di dominio.

²¹ Un dato simile era emerso nelle conclusioni del saggio di R. M. Fonseca, *La fenomenologia del potere tra legge e «norma»: un itinerario foucaultiano sulle dinamiche di esclusione nel diritto moderno*, in Meccarelli, Palchetti, Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi cit.*, pp. 149-164.

PROSPETTIVE

DAI DIRITTI NATURALI AI DIRITTI UMANI: EPISODI DI RETORICA UNIVERSALISTICA

Pietro Costa

1. *I diritti umani come moral rights*

Il nostro seminario si propone un compito impegnativo: riflettere sul “lato oscuro” dei diritti umani, interrogarsi criticamente sulla loro genesi, sul loro significato e sul loro impiego. Che il compito sia arduo è evidente per tutti: i diritti umani sono divenuti, nel corso del secondo Novecento, non solo uno dei temi centrali della cultura giuridica, un costante punto di riferimento della dottrina e della giurisprudenza nei regimi democratico-costituzionali, ma anche uno dei principali simboli della comunicazione politico-sociale, chiamato in causa nei conflitti politici “regionali” come nell’arena internazionale. Quando si guardi alla comunicazione politico-sociale nel suo complesso e alla variegata pubblicistica che ne è parte integrante non sembra una forzatura parlare del trionfo arriso al discorso dei diritti negli ultimi decenni. Il felice titolo bobbio (*L’età dei diritti*¹) sembra potersi applicare assai più compiutamente al nostro tempo che non all’Ottocento: è nel nostro tempo che i diritti sembrano aver conquistato uno smalto e un rilievo inediti, accreditandosi come un indispensabile veicolo di legittimità. I diritti trionfano nel momento in cui si affermano come le più sicure risorse argomentative cui attingere per dimostrare la legittimità (l’auspicabilità, la correttezza etico-politica e giuridica) o al contrario l’illegittimità (l’improponibilità, la ricusabilità) di orientamenti e decisioni che attengono ai più diversi e rilevanti aspetti della vita individuale e collettiva.

Certo, il recente successo della retorica dei diritti (la centralità dei diritti nel tessuto discorsivo in cui si sostanzia la comunicazione politico-sociale) non è stato e non è incontrastato. Anzi, proprio la diffusione planetaria del discorso dei diritti ha suscitato reazioni difensive da parte di Stati e di culture che nel protagonismo dei diritti umani hanno sospettato l’ultima (sottilmente

1 N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

dissimulata) strategia egemonica dell'Occidente: valga l'esempio dei "valori asiatici"², invocati come diga da erigere contro l'assimilazionismo "mite" perseguito dall'Occidente attraverso lo strumento dei diritti "umani".

Non è comunque solo nell'arena dei conflitti geopolitici che il discorso dei diritti ha dovuto fare i conti con resistenze consistenti, che non ne hanno compromesso la diffusione, ma ne hanno impietosamente messo in evidenza i punti critici e le irrisolte tensioni. È anche sul terreno dell'analisi teorica che il discorso dei diritti è andato incontro a obiezioni agguerrite: è stata attaccata l'idea stessa di diritti "universali", data l'irriducibile diversità delle culture e delle forme di vita. Questa obiezione, approfondita e variamente svolta nel corso del tempo, ruota intorno al carattere idiomático di ogni cultura e al radicamento storico-antropologico dei diritti, per giungere alla conclusione (pregnante anche sul terreno dei conflitti geopolitici) del carattere insuperabilmente "occidentale" dei diritti (sedimenti) "umani"³. Più in generale, è apparsa problematica l'individuazione di un fondamento (in ipotesi anche ontologico) dei diritti che valga come supporto indiscutibile della loro universalità⁴. E anche quando il problema del fondamento è stato giudicato una fuorviante complicazione "metafisica", è stato denunciato con forza – è il caso di Bobbio – il drammatico iato che separa l'enunciazione dei diritti umani dalla loro realizzazione⁵. Infine, non sono mancate le critiche alla tendenza a una continua moltiplicazione tanto dei diritti quanto dei soggetti, per un verso mettendo in guardia dal rischio della ridondanza e dalla conseguente

2 Cfr. ad es. I. Tatsu, *Liberal Democracy and Asian Orientalism*, in J. R. Bauer, D. A. Bell (ed. by), *The East Asian Challenge for Human rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 29 ss. Sul problema dei "valori asiatici" come emblema di una posizione relativistica cfr. le osservazioni di F. Tedesco, *Diritti umani e relativismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 39 ss.

3 Cfr. ad esempio, da un punto di vista antropologico, R. A. Wilson (ed. by.), *Human rights, Culture and Context: Anthropological Perspectives*, London, Pluto Press, 1997; J. Jowell, J. Cooper (ed. by), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford-Portland, Hart, 2001; J. K. Cowan, M. B. Dembour, R. A. Wilson (ed. by.), *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 e, in una prospettiva *communitarian*, A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli, 1988.

4 A favore di un fondamento "forte" dei diritti si pronunciano ad esempio J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996; L. L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, A. Gewirth, *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982.

5 Bobbio, *L'età dei diritti*, cit.

svalutazione del concetto stesso di diritto fondamentale, per un altro verso sollevando il problema del conflitto fra diritti (dati tutti per) “umani”.

Non mancano quindi gli spunti, offerti dal dibattito filosofico contemporaneo, per una riflessione critica sui diritti umani⁶. Non è però su questo piano che può collocarsi il contributo dello storico, che non è chiamato a pronunciarsi sulla “verità” dell’una o dell’altra teoria né dispone degli strumenti concettuali più adeguati a questo scopo. Lo storico è chiamato soltanto a contrastare i rischi del crono-centrismo: a porsi a una qualche distanza dal presente, nella speranza che una dilatazione dell’arco temporale e una conseguente moltiplicazione degli orizzonti valoriali e culturali rafforzino indirettamente la nostra consapevolezza critica. L’obiettivo è collocare il fenomeno considerato nell’orizzonte della diacronia, indicarne le principali manifestazioni e ricostruirne le trasformazioni evidenziando il gioco sottile delle cesure e delle continuità.

Per tener fede a questo programma occorrerebbe però, in realtà, scrivere una compiuta storia dei diritti in occidente: un obiettivo ovviamente improponibile in questa sede⁷. Dovrò quindi limitarmi a una rapsodica elencazione di contesti diversi, che non potrò ricostruire analiticamente e mi limiterò ad assumere come “episodi” od “esempi” di strategie argomentative caratterizzate da un peculiare uso del simbolo “diritti”.

Occorre comunque intendersi preliminarmente sull’oggetto di cui stiamo parlando – i “diritti umani” – e sul contesto nel quale esso deve essere propriamente collocato. Credo che convenga evitare un’impostazione insidiata

6 Un’interessante discussione sui diritti in E. Diciotti, B. Pastore (a cura di), *Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 275-411 e in C. Altini, *Tra cielo e terra. I diritti umani e la questione dell’universalismo*, in Id. (a cura di), *Democrazia. Storia e teoria di un’esperienza filosofica e politica*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 369-391.

7 Fra le storie di carattere complessivo cfr. G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlin, Duncker und Humblot, 1978; trad. it. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Roma-Bari, Laterza, 2001; G. B. Herbert, *A Philosophical History of Rights*, New Brunswick (New Jersey), Transaction Publishers, 2002; C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003; M. R. Ishay, *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004; A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, il Mulino, 2007; M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna, il Mulino, 2008. Mi permetto di rinviare anche a P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, «Enciclopedia del diritto. Annali», II, T. II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 365-417.

da un sottile rischio di anacronismo: presentare i diritti umani dominanti nel discorso pubblico del secondo Novecento come l'ultimo stadio di uno sviluppo continuo. È un rischio della cui portata non sempre siamo consapevoli: il rischio di assumere un oggetto (lo Stato, la proprietà, i diritti e così via enumerando) in tutte le sue attuali e sostantive caratteristiche e determinazioni e immaginare che proprio questo oggetto abbia, in un qualche momento del passato, un'origine e uno sviluppo. In una siffatta operazione l'anacronismo nasce dall'ipostatizzazione di un oggetto e dalla sua proiezione all'indietro nel tempo.

Nel nostro caso, la mia impressione (che tenterò di suffragare con qualche argomento nel corso dell'esposizione) è che i diritti umani (quei diritti umani dei quali *tout le monde* si sta oggi occupando) siano un fenomeno tipicamente novecentesco, che ha la sua genesi nelle filosofie antitotalitarie degli anni Trenta-Quaranta, nella guerra mondiale e nello scenario che si apre a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Dobbiamo allora concludere che l'invalidabile *terminus a quo* del nostro racconto è il 1948? Una siffatta risposta sarebbe troppo semplice. Da un lato, occorre tener fermo che la visione dei "diritti umani" diffusasi a partire dal secondo dopoguerra (le definizioni, i fondamenti, l'impiego, le costruzioni argomentative, i processi di positivizzazione che li riguardano) sono l'espressione idiomatica di un determinato contesto storico. Dall'altro lato, però, occorre anche essere consapevoli che la storia non comincia nel 1948 (nemmeno la storia dei "diritti umani"). Ciò non autorizza però a ipotizzare che i "diritti umani" siano un oggetto che viene ad esistenza come una già compiuta totalità, destinata a subire solo interni mutamenti e aggiustamenti nel corso della sua navigazione nel flusso della storia. Conviene piuttosto prendere sul serio la specifica storicità dei "diritti umani" (i diritti dominanti nel discorso pubblico del secondo dopoguerra) e al contempo collocarli sullo sfondo di un discorso dei diritti (complesso, variegato e risalente nel tempo) che in alcuni suoi episodi e movenze sembra mostrare una qualche "aria di famiglia" con essi. Conviene insomma individuare quei tratti distintivi che permettono, in un ritratto di famiglia, di sottolineare somiglianze e differenze fra i vari componenti, evitando però di sostenere che un cugino di secondo grado è la mera clonazione del bisavolo (salvo la diversità degli abiti).

È possibile rintracciare nella lunga e complessa fenomenologia del discorso dei diritti alcuni elementi, di carattere molto generale, ricorrenti in molteplici contesti.

Il primo elemento su cui far leva per stabilire connessioni o analogie fra l'odierna stagione dei diritti umani e fasi precedenti del discorso dei diritti è la visione dei diritti come *moral rights*. Usando questa espressione (di sapore milliano) intendo sottolineare tre aspetti: i *moral rights* sono presenti nel discorso pubblico a prescindere dal loro recepimento in un sistema di norme vigenti; sono pretese assunte come legittime e fondate; resta però aperto e impregiudicato il loro statuto "ontologico" (proprio per questo i *moral rights* non coincidono con i "diritti naturali", che dipendono da una precisa teoria del "fondamento" e possono essere assunti come il "genere" di cui i diritti naturali sono una "specie"). Il secondo elemento da prendere in considerazione è la dimensione universalistica: la tendenza a pensare i diritti come espressione dell'essere umano come tale, conferendo quindi ad essa la massima universalità immaginabile. Il terzo elemento è il carattere dell'assolutezza, la convinzione che i diritti, in quanto strettamente collegati all'essere umano come tale, non possono essere sacrificati a valori o esigenze superiori. Il quarto elemento è lo stretto collegamento instaurato fra il diritto e l'individuo, tanto da fare del diritto una componente indispensabile della soggettività.

Ammettiamo che questi elementi permettano di dar conto dell'aria di famiglia che collega i diritti umani del Novecento con fasi precedenti del discorso dei diritti. Occorre allora tentare di rispondere a due questioni, complementari ma distinte: in che modo (con quali argomentazioni), in un contesto determinato, alcune aspettative o pretese vengono costruite come diritti spettanti a ogni individuo come tale indipendentemente dalla loro "positivizzazione"; e quali effetti socialmente rilevanti derivano dalla presenza dei *moral rights* nel discorso pubblico di una data epoca. Occorre insomma chiedersi non soltanto che cosa il discorso dei diritti intende dire, ma anche che cosa esso intende fare (e magari anche che cosa effettivamente riesce a fare). Rimanendo fermo che le due domande sono concettualmente distinte e affrontabili anche separatamente, l'aspettativa (tutta da verificare) è che proprio dalla connessione delle due questioni possano emergere suggestioni di un qualche interesse.

2. *Un (remoto) punto di origine: Francisco de Vitoria*

Quanto andare indietro nel tempo alla ricerca di consanguinei anche alla lontana apparentati con i diritti umani del Novecento? Una prima risposta

è suggerita proprio dalla recente letteratura (soprattutto giusinternazionalistica), incline a individuare un vero e proprio progenitore (più che un lontano parente) degli attuali diritti umani: Francisco de Vitoria. Nella pinacoteca dei padri fondatori (una pinacoteca, se si vuole, dal gusto ottocentesco, ma ancora molto frequentata), se Grozio sembra aver perduto qualcosa del suo tradizionale smalto, Vitoria ha certamente acquisito un posto di tutto rispetto.

Vi sono naturalmente buone ragioni per celebrare il teologo salmanticense. Vitoria parla di diritti di portata universale in quanto fondati su quello *ius gentium* che, seguendo Ulpiano, egli riconduce alla ragione naturale e assume come valido per tutti i popoli. È la «naturalis ratio» che rende possibile quella «communicatio» fra popoli dalla quale discendono precisi diritti e doveri: lo «ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi»⁸, la libertà di scambio e commercio⁹, l'appropriazione delle *res nullius*, la possibilità di trasferirsi e divenire cittadini nelle nuove province¹⁰.

È vero dunque, come si evince anche da questi brevi cenni, che Vitoria teorizza diritti di carattere universale. Conviene però introdurre qualche elemento di complicazione del quadro. Vitoria parla, sì, di diritti di portata universale, ma il suo discorso non assume come protagonista i soggetti (e i loro diritti), bensì ruota intorno a una visione ancora schiettamente tomistica e “oggettivistica” dell’ordine complessivo. Il centro del dibattito nella Spagna del primo Cinquecento (e il fulcro dell’argomentazione di Vitoria) non sono i diritti universali o (proto-)umani, ma è la questione della legittimità della guerra di conquista; e la lesione dello *ius gentium* (e di alcuni diritti ad esso riconducibili) è semplicemente uno degli argomenti invocabili a sostegno della guerra “giusta”¹¹. È la conquista spagnola delle terre d’oltremare ad acuire in Vitoria l’attenzione alla dimensione “internazionale” dell’ordine politico, a indurlo a valorizzare lo *ius gentium* e a interrogarsi sui diritti attribuibili a tutti i popoli e a tutti gli esseri umani. Né sfuggirà peraltro che il capitolo

8 F. De Vitoria, *Relectio de indis*, testo critico di L. Pereña, ed. italiana a cura di Ada Lamacchia, Bari, Levante ed., 1996, I, 3, 1, p. 78.

9 Ivi, I, 3, 2, p. 80.

10 Ivi, I, 3, 4, pp. 82-83.

11 Cfr. A. A. Cassi, *Da Salamanca allo Yucatan. Itinerari storico-giuridici del bellum iustum*, «Diritto e storia», 4, 2005, e più in generale A. A. Cassi, *Ius commune fra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; L. Baccelli, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas, e la conquista dell’America*, «Quaderni Fiorentini», 37, 2008, pp. 67-101.

entro il quale questi diritti vengono enunciati tratta «de legitimis titulis et idoneis, quibus barbari venire potuerunt in dicionem hispanorum»¹².

Non sono i soggetti e i loro diritti il punto di Archimede su cui far leva per rappresentare l'ordine: al contrario, è nella cornice di un ordine gerarchico e differenziato che Vitoria continua a collocare i soggetti. Al contempo però Vitoria è in grado di guardare oltre (o "attraverso") le differenze di potere e di *status* e affermare che ogni essere umano viene investito dal Creatore di un potere legittimo di disposizione di sé e delle cose esterne, di uno *ius-dominium* che può essere assunto come il vero e proprio contrassegno del carattere pienamente "umano" di un essere vivente. Il *dominium* infatti, per una lunga tradizione che trova nella scolastica spagnola illuminanti conferme, prima di essere possesso delle cose esterne, è «dominium super proprios actus et super propria membra»¹³, è diritto di esercitare il pieno controllo sulla propria persona, di difendersi, di conservare se stesso. Questo *dominium* è, sì, un dono di Dio, ma è un *dominium* naturale, che spetta a ogni uomo e non è cancellato dal peccato o dall'eresia. Per Vitoria (che si appella all'autorità di Tommaso) *dominium*, ragione e pienezza umana si implicano a vicenda, dal momento che il *dominium* è innanzitutto razionalità, controllo esercitato dalle facoltà superiori sulle facoltà inferiori, dall'anima sul corpo: il dominio sulle cose esterne è la conseguenza della padronanza di sé di cui gode il soggetto. Proprio per questo gli animali, privi di dominio sui propri atti, non possono avere il dominio sulle cose esterne¹⁴.

Vitoria dunque individua nel *dominium* un tratto caratteristico degli esseri umani come tali ed è a partire da questa convinzione di fondo che egli si misura con la sfida più difficile del momento: con il vero e proprio "trauma" culturale provocato nella cultura dell'epoca dal confronto con la radicale alterità culturale dei nativi americani. Affrontare il problema dello statuto antropologico degli indios può essere considerato una sorta di *experimentum crucis* della rappresentazione vitoriana dei soggetti e dell'ordine. Vitoria è posto di fronte a una scelta chiara e netta: riconoscere nei barbari la piena razionalità umana, attribuire loro i tratti giuridico-antropologici compresi nel termine *dominium* e confermare quindi che il *dominium* è una qualità universale dell'essere umano; oppure sostenere (come farà Sepulveda) che i soggetti *phùsei douloi* di cui parla Aristotele corrispondono perfettamente ai selvaggi che vivono di là dall'Oceano.

12 De Vitoria, *Relectio de indis*, cit., I, 3, p. 77.

13 Ivi, I, 1, 3, p. 18.

14 Ivi, I, 1, 12, pp. 27-28.

Posto di fronte al bivio, Vitoria sceglie la prima strada. I barbari non sono privi di ragione, ma «habent pro suo modo usum rationis. Patet, quia habent ordinem aliquem in suis rebus, postquam habent civitates quae ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, opificia, commutationes, quae omnia requirunt usum rationis, item religionis speciem»¹⁵. I barbari mostrano di organizzarsi in forme politicamente complesse e possono quindi essere riconosciuti come titolari del *dominium*.

I barbari sono diversi, ma non lo sono in senso assoluto e radicale. È possibile quindi rapportarsi ad essi mantenendo ferme le coordinate basilari: collocando i “nuovi” soggetti nell’ordine complessivo, che è ancora pensato (in continuità con il modello medievale e tomistico) come ordine di differenze e di gerarchie. Da un lato quindi viene ribadito il carattere genericamente umano (e quindi universale) del *dominium*. Dall’altro lato, occorre descrivere ciò che differenzia i barbari dagli europei. È vero quindi che i nativi americani «habent pro suo modo usum rationis» e sono *domini* come ogni altro essere umano. Ciò però non è ancora sufficiente per capire quale sia il loro statuto antropologico e socio-giuridico: lo *ius-dominium* è un tratto genericamente umano che non vale, per Vitoria, come la struttura portante dell’ordine. Determinante per esso è il regime delle differenze. Per intendere l’ordine occorre descrivere le differenze. E la differenza dei nativi è appunto la loro barbarie: essi ci appaiono «insensati et hebetes» in quanto le loro forme di vita non sono sorrette da una ragione dispiegata e matura, ma sono corrotte da un’educazione «mala et barbara», non molto diversamente da quanto accade per i nostri «rustici», «parum differentes a brutis animantibus».

Sono le differenze che attribuiscono ai soggetti (dai vertici della scala fino agli infimi gradini – i «rustici» – e infine gli indios) il posto che loro compete nell’ordine complessivo. L’attribuzione agli esseri umani di un originario *ius-dominium* non mette in questione la differenziazione dei soggetti, ma viene pensata a partire da quella differenza. La radicale alterità dei nuovi soggetti sfida la tenuta del paradigma tomistico creativamente rivisitato da Vitoria, ma il paradigma resiste e esce anzi rafforzato dal confronto. L’ordine complessivo è, per Vitoria, un ordine che si regge sulla differenziazione giuridica e potestativa e sulla disposizione gerarchica delle sue componenti. Un ordine siffatto è, per Vitoria, tendenzialmente universale. È dall’interno di questa prospettiva che egli guarda ai nuovi soggetti per definirli in rapporto all’ordine e collocarli in esso. I nuovi soggetti cessano di essere realmente “al-

¹⁵ Ivi, I, 1, 15, p. 29.

tri”: finisce l’estraneità, grazie a una strategia capace di includerli nell’ordine già dato della *societas christiana* e al contempo di collocarli al “giusto” posto, al posto che loro compete in ragione della debole razionalità che li contraddistingue. Il riferimento a un nucleo giuridico universale e naturale, l’idea di un diritto fondamentale dell’essere umano come tale, lungi dall’entrare in contraddizione con l’assoggettamento dell’altro, ne è una condizione indispensabile. Proprio in quanto egualmente *domini*, gli indios possono venire inclusi, come ogni altro essere umano, nell’ordine politico-sociale, e, proprio in quanto inclusi, essi possono essere assoggettati (per il loro stesso bene, data la debole razionalità di cui possono avvalersi).

Emergono dunque in Vitoria profili che giustificano il suo (remoto) apparentamento con la galassia dei “diritti umani”: da un lato, il richiamo all’esistenza (*de iure gentium*) di alcuni diritti (*ius migrandi*, *ius commercii* ecc.) che tutti i popoli devono rispettare¹⁶; dall’altro lato, l’individuazione dello *ius-dominium* come di un tratto caratteristicamente e universalmente umano. In entrambi i casi però sembra essere l’ordine oggettivo la preoccupazione prevalente di Vitoria. È la violazione dello *ius gentium* (di cui i diritti sono una componente) la giusta causa di guerra. Ed è la disposizione diseguale delle parti la caratteristica strutturale dell’ordine: un ordine oggettivo, un ordine delle differenze, non un ordine affidato ai diritti eguali dei soggetti. È attraverso le differenze che si guarda allo *ius-dominium* come a un minimo comun denominatore soggiacente alle diverse condizioni soggettive, di per sé incapace di dar conto della struttura e del funzionamento dell’insieme.

È però anche vero che alcuni tratti del pensiero vitoriano sembrano destinati a successive (spesso implicite) rivisitazioni e riappropriazioni: non solo l’idea di *ius-dominium* come tratto del soggetto e la nuova attenzione agli *iura gentium*, ma anche la connessione fra la violazione dei diritti e la legittimazione della guerra e l’agganciamento dei diritti a un ordine “oggettivo”, con la conseguente possibilità di immaginare un intervento che pretenda di porsi

16 È comunque pertinente l’osservazione di Ferrajoli (L. Ferrajoli, *L’America, la conquista, il diritto*, «Meridiana», n. 15, 1992, p. 26), che, mentre valorizza il tendenziale “universalismo” del diritto internazionale vitoriano, al contempo sottolinea il carattere asimmetrico dei diritti-doveri enumerati dal teologo di Salamanca: diritti funzionali agli interessi degli spagnoli e assai meno a quelli degli indios, la cui intenzione di peregrinare in Castiglia e sfruttarne indisturbati le risorse naturali (le *res nullius*) appare francamente improbabile. La scoperta del Nuovo Mondo rende attuale lo *ius gentium* e la determinazione dei diritti; ma è il rapporto asimmetrico e potestativo fra conquistatori e conquistati che plasma e suggerisce la formulazione dei diritti stessi.

come rappresentativo dell'ordine stesso (e dei diritti da esso fondati) indipendentemente dalla volontà e dal consenso dei soggetti che vi appartengono.

3. *I diritti naturali come moral rights:*

Locke e il paradigma giusnaturalistico

Se la recente rivisitazione di Vitoria come primo corifeo dei “diritti umani” è esposta al rischio di qualche semplificazione, a causa del forte legame intrattenuto da Vitoria con la tradizione scolastica, sembra difficilmente contestabile che il giusnaturalismo sei-settecentesco non soltanto sia la principale matrice del moderno discorso dei diritti, ma anche assuma, come premessa di quel discorso, proprio il nesso immediato fra i diritti e il soggetto, fra i diritti e l'essere umano come tale.

I diritti dell'uomo (potremmo dire i “diritti umani”, per accentuare l'“aria di famiglia”) dominano la scena non soltanto per motivi “quantitativi” (per la loro crescente occorrenza nella letteratura politico-giuridica), ma soprattutto per motivi “qualitativi”, per il nuovo ruolo strategico da essi svolto nella rappresentazione dell'ordine: l'ordine riposa sui soggetti e i soggetti sono titolari di diritti derivanti dalla stessa natura umana. Certo, parlare di giusnaturalismo è far uso di un “tipo ideale” che rischia di essere fuorviante, data la molteplicità delle versioni cui esso concretamente ha dato luogo. Concentriamo allora la nostra attenzione su un'incarnazione del paradigma giusnaturalistico – la filosofia di Locke – la cui forza di irradiazione, nel corso del Settecento, è indubbia.

Per Locke i diritti – la libertà e la proprietà – sono, al contempo, l'estrinsecazione della soggettività umana nella sua condizione essenziale (naturale, pre-politica) e le nervature dell'ordine; un ordine che già prima dell'invenzione contrattualistica della sovranità trova proprio nei diritti – nella libertà e nella proprietà – le regole che lo rendono possibile. Sono i diritti che, proprio in quanto spettanti a ciascun individuo in quanto tale (i diritti nella loro conclamata valenza universalistica), rendono possibile l'ordine.

Tutti gli uomini, senza eccezione, sono liberi ed eguali in stato di natura. Questo generale assunto giusnaturalistico acquista però in Locke una decisiva determinazione sostantiva. Tutti gli uomini sono eguali perché egualmente proprietari: proprietari del proprio corpo e del lavoro che esso è in grado di erogare. È il corpo, in proprietà del *self*, il ponte fra il soggetto e

il mondo esterno; è il corpo che concentra le sue energie lavorative su un bene e in questo modo lo separa dall'originaria proprietà comune e lo rende parte della sfera personale del soggetto: parte del suo *proprium* (per dirla con Grozio).

È il corpo che agisce appropriandosi dei beni esterni, ma il corpo è a sua volta un oggetto in proprietà di un *self*, il cui elemento caratterizzante è ancora una volta la ragione. L'antica associazione fra soggettività, razionalità, autocontrollo e proprietà è presente in Locke come in Tommaso o in Vitoria. Ora però il nesso fra razionalità e proprietà produce effetti che investono non solo la sfera del soggetto, ma l'intero assetto dell'ordine sociale-naturale. È la ragione che sconsiglia la soddisfazione immediata dei bisogni e mostra come sia più conveniente per ciascun individuo il rispetto della regola di proprietà: la soddisfazione del bisogno nella forma della proprietà rende possibile l'ordine. La proprietà non è però soltanto il fondamento della società: ne costituisce anche, per così dire, una componente dinamica. Perché questo avvenga, occorre l'apporto di una straordinaria invenzione: la moneta. Con la moneta i beni cessano di essere deperibili e la loro appropriazione non è più vincolata al consumo. Diviene possibile l'accumulazione e questa, lungi dal danneggiare la collettività, ne accresce la ricchezza complessiva, stimolando il *labour* e la *industry*. I beni si moltiplicano, la terra è resa produttiva, le risorse naturali vengono sfruttate, il commercio prospera: la proprietà diviene la condizione dell'arricchimento individuale e collettivo. Un ordine prospero e tendenzialmente capace di auto-regolazione si rende possibile a partire dall'attribuzione a tutti i soggetti di un eguale diritto fondamentale: la proprietà-libertà.

La teoria socio-giuridica lockiana riposa dunque sull'universalismo dei diritti: tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e proprietari. Dobbiamo però tener fede alla nostra domanda di fondo e chiederci se e in che modo l'assunto universalistico (tutti gli uomini) venga sviluppato fino alle sue ultime conseguenze; dobbiamo chiederci, in concreto, se le differenze (socialmente rilevanti) scompaiano oppure vengano rese in qualche modo compatibili con l'eguaglianza universale.

Le differenze non scompaiono. Una differenza macroscopica emerge (come già era avvenuto con Vitoria) quando si guardi al Nuovo Mondo (una realtà che interessa molto a Locke, avido lettore di racconti di viaggi, *commissioner* nel *Board of Trade*, segretario dei *Lords Proprietors* della Carolina¹⁷):

17 B. Arneil, *John Locke and America. The Defence of English Colonialism*, Oxford,

la differenza fra i nativi americani e i coloni europei.

Come prima Hobbes, anche Locke è convinto che la condizione dei nativi americani si avvicini molto al concetto di “stato di natura” ipotizzato dalla tradizione giusnaturalistica. Come rappresentare questi soggetti “altri”? Applicando (e mettendo alla prova) il nuovo paradigma, fondato sull’assunto degli eguali diritti fondamentali di tutti i soggetti. Noi come loro, dunque, in quanto esseri umani. Il che significa, per lo schema lockiano, che noi come loro siamo egualmente liberi e proprietari: proprietari del corpo e quindi di ciò che il lavoro del corpo è in grado di procurarci. È proprio ai nativi americani che Locke fa riferimento per illustrare la dinamica del *labour* produttivo di proprietà: «è [...] questa legge di natura [il rapporto fra *labour* e appropriazione] ad assegnare il cervo all’indiano che l’ha ucciso», così come «anche presso di noi, la lepre braccata è ritenuta proprietà di colui che la insegue durante la caccia»¹⁸. Noi come loro.

A differenziare noi da loro interviene un’invenzione: la moneta. E al seguito della moneta, la possibilità dell’accumulazione, lo sfruttamento intensivo della terra, la moltiplicazione dei beni: in una parola, il *labour*, un lavoro che si incorpora nell’oggetto e ne fa crescere esponenzialmente il valore. Un acro di terra da noi – osserva Locke – vale infinitamente di più che la stessa estensione di terra in America in ragione della produzione che da esso sappiamo ricavare. «È dunque il lavoro che conferisce alla terra la maggior parte del suo valore, e senza il lavoro essa varrebbe poco o nulla», al punto che il valore di ogni singolo oggetto (il «pane che mangiamo», ad esempio) è l’esito finale di una complessa articolazione sociale e produttiva¹⁹.

Noi siamo quindi diversi da loro; e la differenza corre lungo il crinale di un *labour* che in un caso si limita a soddisfare con beni deperibili i bisogni immediati, mentre nel secondo caso moltiplica esponenzialmente i beni rendendo produttiva la terra, alimentando il commercio, incrementando le ricchezze dell’umanità²⁰. «È il lavoro – ripete insistentemente Locke – che crea in ogni

Clarendon Press, 1996, pp. 21 ss. Cfr. anche J. Tully, *Rediscovering America: The Two Treatises and Aboriginal Rights*, in Id., *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 137-176.

18 J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, a cura di L. Formigari, Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1991, V, 30, p. 26.

19 Ivi, V, 43, pp. 36-37.

20 «Perciò si può veramente dire che colui che recinta un terreno, e da dieci acri trae maggior quantità di mezzi di sussistenza di quanto potrebbe trarre da cento lasciati allo stato naturale, dona novanta acri all’umanità» (Ivi, V, 37, p. 32).

cosa la differenza del valore»; dei prodotti della terra «nove decimi sono effetto del lavoro»; anzi, conclude Locke, «nella maggior parte dei casi il novantanove per cento dev'essere attribuito al lavoro»²¹. E la riprova di questo assunto proviene proprio dal raffronto fra noi e loro, fra gli europei e i «popoli d'America»: ricchi di terra e pure «poveri di tutti i beni della sussistenza», forniti dalla natura di ogni risorsa e tuttavia, «quella terra non essendo messa a frutto dal lavoro», condannati a una vita miserevole, tanto che «il sovrano d'un ampio e fertile territorio mangia, alloggia e veste peggio d'un bracciante inglese»²².

Il quadro è rigorosamente dicotomico: un popolo di cacciatori e di raccoglitori di contro a un popolo di agricoltori capaci di sfruttare intensivamente le risorse naturali; un *labour* improduttivo di contro a una *industry* efficace nel moltiplicare i beni e nel dar loro valore; un'economia di sussistenza anziché un'economia mercantile; natura *vs.* civiltà. «Dapprincipio tutto il mondo era America» – osserva Locke – ma con l'invenzione della moneta la distanza nello spazio diviene un distacco storico-temporale: sono già poste le premesse per i futuri fasti di una filosofia della storia giocata sul rapporto fra arcaico e moderno, fra barbarie e civiltà.

L'insistenza sul ruolo del lavoro nella creazione del valore produce una conseguenza decisiva: quella di togliere alla terra (e al semplice rapporto uomo-terra) qualsiasi autonoma importanza. Se è il lavoro l'elemento determinante del valore e il fondamento immediato e diretto della proprietà, il suolo come tale, nel passaggio dalla proprietà comune alla proprietà privata, gioca un ruolo trascurabile: tanto che «anche fra noi una terra lasciata interamente allo stato di natura, non messa a frutto da pascolo, coltivazione o piantagione, viene detta, ed è, terra di nessuno [...]»²³.

Terra di nessuno: non sfuggirà la valenza strategica e la portata decisiva di questa espressione lasciata cadere nel bel mezzo di una comparazione apparentemente innocente. Con *nonchalance*, Locke ha compiuto un piccolo capolavoro argomentativo: ha dimostrato come una terra abitata possa essere definita al contempo, senza incorrere in una flagrante contraddizione, una «terra di nessuno». *Res nullius*: terra suscettibile di essere legittimamente occupata, ancorché abitata, e abitata da soggetti eguali a noi in quanto egualmente liberi e proprietari; proprietari però di un corpo dimostratosi incapace

²¹ Ivi, V, 40, pp. 34-35.

²² Ivi, V, 41, p. 35.

²³ Ivi, V, 42, p. 36.

di dar valore alla terra e dunque semplici inquilini di una terra destinata ad altri. È il lavoro che fonda la proprietà: una terra incolta (la terra abitata dai popoli cacciatori e raccoglitori) è una terra sulla quale ancora non è maturato alcun diritto di proprietà, è una terra liberamente colonizzabile.

Tutti sono proprietari (del proprio corpo), ma entro questa categoria onnicomprensiva, coincidente con la classe degli esseri umani, si presenta una rigida dicotomia: alcuni soggetti – i nativi americani – sono proprietari solo del corpo e dei beni immediatamente funzionali alla sua conservazione, mentre altri – i coloni – sono proprietari non solo del corpo, ma anche della terra resa produttiva dal loro lavoro. Alla rappresentazione di una molteplicità di differenze gerarchicamente disposte, caratteristica del modello vittoriano, si sostituisce la rappresentazione di una secca dicotomia. Cambia quindi la strategia suggerita: se per Vittoria era ragionevole l'*inclusione* degli indios (più esattamente il loro assoggettamento per inclusione o, se si preferisce, la loro inclusione subalterna), dal modello lockiano era invece ricavabile un dispositivo di *espulsione*: l'estromissione dei nativi da un territorio da loro in qualche modo "abusivamente" occupato.

L'universalismo rende possibile dunque (traendola, per così dire, dal proprio interno) la differenziazione dei soggetti. Le differenze sono nette e giocate su una precisa dicotomia (*labour* produttivo/*labour* improduttivo), da cui dipendono tutte le altre. Queste differenze non smentiscono, ma anzi presuppongono l'assunto egualitario: è dalla libertà-proprietà di ciascuno che scaturiscono le differenze. Queste però non sono innocue e irrilevanti, constatate con la curiosità inoffensiva del viaggiatore disinteressato. In uno stesso movimento enunciativo, dalla medesima premessa – l'universalismo dei diritti – vengono dedotti la rappresentazione dell'ordine, la tematizzazione delle differenze ("noi" e "loro", gli europei e i nativi americani) e il collocamento ai margini dei soggetti "differenti", la delegittimazione delle loro forme di vita.

Un procedimento analogo può essere sviluppato per dar conto di un'altra differenza, altrettanto capitale, fra soggetti all'interno della medesima società: il carattere stratificato della società stessa. La premessa è la medesima: la libertà-proprietà come contrassegno universale dei soggetti. Ognuno è proprietario del suo corpo e della sua energia lavorativa. Non tutti però fanno il medesimo uso delle proprie facoltà: alcuni individui sono in grado di esercitare al meglio le proprie energie, differiscono la soddisfazione immediata del bisogno in vista di un risultato più duraturo, sono capaci di accumulare e moltiplicare i beni di cui si appropriano; altri invece disperdono le loro ener-

gie, non sfruttano i loro talenti e rimangono proprietari soltanto del loro del loro corpo e delle loro energie lavorative.

Tutti sono eguali ed egualmente proprietari del loro corpo: tuttavia da questa originaria eguaglianza scaturisce una differenza decisiva che riguarda la proprietà dei beni esterni. La proprietà (soltanto) del corpo e la proprietà (anche) dei beni esterni è flagrante, ma non per questo è incompatibile con l'eguaglianza; al contrario, è proprio a partire dall'eguaglianza originaria dei soggetti che quella differenza scaturisce.

Locke è un caso esemplare perché rivela con la chiarezza dei "classici" alcune modalità di costruzione del discorso politico-giuridico sostanzialmente onnipresenti nella cultura settecentesca. Il carattere universale dei diritti e la loro connessione immediata con i soggetti come tali sono tesi destinate a una crescente diffusione. Trionfa l'universalismo, ma non per questo vengono azzerate le differenze, assunte non come eccezioni o anomalie che sfidano l'assioma dell'eguaglianza e ne mettono in crisi la portata "costruttiva", ma al contrario come applicazioni e sviluppi dell'assioma stesso.

Dove sta il trucco, se è vero che i diritti spettano al soggetto "come tale"? Il punto è che il soggetto non è un'entità sempre eguale a se stessa, un dato "naturalistico", ma è una costruzione storico-sociale e culturale. "Tutti" sono titolari di diritti, ma chi siano effettivamente i soggetti compresi nella classe dei titolari di diritti è pre-determinato culturalmente: è "deciso", per così dire, prima e a monte della concreta redazione dell'uno o dell'altro testo.

Occorre tener presente che ogni cultura elabora le sue categorie e i suoi valori a partire da convinzioni date per indiscutibili; tanto indiscutibili da non aver bisogno di essere sempre di nuovo esplicitate e dimostrate. Uno di questi schemi era la rilevanza, complessiva e non solo economica, della proprietà, che non introduce una differenza meramente esteriore fra soggetti, ma è il segno visibile di una differenza etica e antropologica. Locke sta esprimendo nel suo idioma teorico una struttura di mentalità largamente diffusa. L'etica calvinistica, come sappiamo dalle classiche indagini di Weber, aveva presentato come una vocazione religiosa il lavoro produttivo e aveva visto nel successo mondano un segno visibile dell'imperscrutabile grazia divina; e peraltro, anche al di fuori del mondo calvinista, non erano mancati argomenti per fare della proprietà un diritto che, riguardava, sì, i beni esterni, ma al contempo affondava le radici nella personalità del proprietario (si pensi al nesso, già ricordato, fra *ius*, *dominium* e *ratio* tematizzato da Vitoria e dalla Seconda Scolastica).

Locke ragiona, pur entro il nuovo modello giusnaturalistico, in continuità con una tradizione che associava la proprietà dei beni esterni con i meriti dei loro titolari. Sulla base di questa visione, la proprietà si presta ad essere assunta come l'espressione visibile della razionalità, della capacità di previsione, dell'autocontrollo, della responsabilità del proprietario. Sullo sfondo dell'eguaglianza di tutti i soggetti, dunque, si distacca una classe di soggetti – i proprietari dei beni esterni – che si presentano contrassegnati da un livello più alto di razionalità e di eticità: tutti gli esseri umani sono eguali, ma alcuni sono più compiutamente umani di altri. Una prima, grande differenza – proprietari e non-proprietari – viene dunque a profilarsi non contro l'eguaglianza giusnaturalistica, ma a partire da essa: per così dire dedotta da essa, spiegata attraverso di essa.

Una seconda differenza, ancora più radicata culturalmente e destinata a un'impressionante durata, è la differenza di genere. Tutti gli uomini sono eguali, in stato di natura. Il problema è però che cosa intendere con l'espressione "uomo". In realtà, questa domanda non viene sollevata: che cosa si debba intendere con questa espressione viene dato per evidente. Il significato di "uomo" è culturalmente predeterminato. È a partire da una siffatta "struttura di mentalità" che i giusnaturalisti attribuiscono al termine "uomo" un preciso significato: che non è quello di essere umano generico, assunto senza far riferimento al genere maschile o femminile, ma è quello di essere umano di genere maschile.

La struttura di mentalità che domina la società antica, medievale e proto-moderna e incide anche sul modello giusnaturalistico al punto da predefinire il senso di una delle sue espressioni chiave (la definizione di "essere umano") è una struttura di mentalità che aveva trovato una perfetta rappresentazione nella *Politica* di Aristotele, nelle pagine dedicate alla famiglia. Per Aristotele la famiglia è un microcosmo attraversato e sorretto da precise relazioni di disuguaglianza e di potere. Al vertice di questo universo gerarchico è collocato il padre-marito, che gode di una posizione di supremazia nei confronti degli altri membri della famiglia: i figli, i servi, la moglie. Nessuno dei membri della famiglia, quindi, all'infuori del padre, gode di una pienezza di poteri: solo il padre è un soggetto compiuto, dotato di tutte le prerogative, padrone di sé, libero e indipendente²⁴.

24 Cfr. C. Pateman, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988; M. Lindon Shanney, C. Pateman (ed. by.), *Feminist Interpretations and Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1991. Mi permetto di rinviare anche a P. Costa, *Il 'discorso della cittadinanza'*

È questa la struttura di mentalità che influenza anche la costruzione del modello giusnaturalistico: che parla dunque dell'eguaglianza fra uomini, ma riferisce l'espressione "uomo" non all'essere umano come tale, ma a una specifica classe di soggetti, assunti come "eccellenti" (quanto a libertà, potere, indipendenza, razionalità). Sono i maschi (e, da un altro punto di vista, i maschi proprietari) i soggetti eccellenti. Questi soggetti possono dirsi "eccellenti" in due sensi: in primo luogo, perché essi compendiano in sé le più alte qualità degli esseri umani; in secondo luogo, e di conseguenza, in quanto possono essere considerati come soggetti *par excellence*, come gli esponenti migliori di un'intera classe e come tali "rappresentativi" della classe stessa. Interviene in sostanza la figura retorica della metonimia o meglio della sineddoche: il termine uomo (maschio e proprietario) sostituisce il termine (contiguo ma più esteso) di "essere umano"; l'uomo (maschio e proprietario) è la *pars pro toto*, la parte per il tutto: si dice uomo(-essere umano) ma si intende "uomo"(-maschio e proprietario).

Traiamo qualche conseguenza da questi rapidi cenni. L'universalismo dei diritti fa il suo ingresso in Occidente con quel paradigma giusnaturalistico che trova in Locke un interprete destinato a influenzare notevolmente la cultura successiva. I diritti di cui i giusnaturalisti parlano sono *moral rights*: sono diritti di carattere universale, validi indipendentemente dal loro riconoscimento da parte di un ordinamento sovrano, sono diritti assoluti, riferiti a un individuo che ne è il titolare. Per ciascuno di questi elementi, l'associazione con i diritti umani del Novecento è immediata, salvo il fatto che questi ultimi non possono giovare (a differenza dei diritti universali settecenteschi, dati univocamente per "naturali") di un condiviso e indiscusso fondamento ontologico.

Anche la sfida più difficile affrontata dal giusnaturalista tocca una corda cui pure il teorico novecentesco dei diritti si mostrerà sensibile: rappresentare un ordine che trovi nei diritti il proprio baricentro. E in effetti, a partire da Locke, si diffonde la tendenza a pensare l'ordine come un "ordine di diritti", un ordine fondato sui diritti dei soggetti (e in particolare su quella libertà-proprietà destinata a essere il lascito lockiano più valorizzato dalle generazioni successive). L'universalismo dei diritti trionfa e rende possibile la "deduzione" dell'ordine da un assioma che coincide con il soggetto-di-diritti.

e la differenza di genere, in A. De Clementi (a cura di), *Il genere dell'Europa. Storia delle donne e identità di genere* (Università di Napoli "L'orientale". Dottorato di ricerca. Quaderno n. 3), Roma, Biblink Ed., 2003, pp. 139-165.

Questa operazione però viene condotta sulla base di un insieme di parametri (proprietà, genere, razza, età) che delimita la classe dei soggetti “eguali” e rende possibile la messa a punto di dispositivi di differenziazione, di gerarchizzazione e di esclusione dei soggetti. La declinazione dell’universalismo finisce quindi per includere, come propria parte integrante, la sistemazione e la legittimazione delle differenze.

Il giusnaturalismo presenta i diritti come i diritti di “ciascuno” e di “tutti”, ma al contempo definisce con parametri stringenti il cerchio a cui i “tutti” vanno riferiti. L’operazione riesce, nella misura in cui si mostra in grado di comporre le differenze socialmente decisive con il *pathos* universalistico. Al contempo però viene messa in circolazione un’unità di misura formalmente illimitata (“tutti”) e come tale suscettibile di essere “presa sul serio” e adottata come strumento di contestazione delle persistenti differenziazioni. È nel campo di tensione generato dal contrasto fra la valenza universalistica dell’assioma (“tutti i soggetti”) da cui l’ordine viene dedotto e i recinti e gli steccati in esso reinseriti che si iscriverà il discorso dei diritti a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento.

4. *I diritti naturali fra “universalismo” e “particolarismo”: le rivoluzioni di fine Settecento*

I filosofi del diritto naturale introducono l’assioma dell’universale soggetto-di-diritti, ma al contempo identificano l’essere umano con una determinata classe di individui, rendendo per questa via compatibile l’universalismo dei diritti con le differenze (o meglio le discriminazioni) socialmente dominanti. In ogni caso, non solo i contenuti, ma anche l’andamento della loro argomentazione, immersa nelle atmosfere rarefatte della teoria, ha un carattere “universalistico”, nel senso che non prende in considerazione (almeno esplicitamente) uno specifico ordinamento e ambisce a presentarsi come valida per tutti ed ovunque, indipendentemente dal variare delle coordinate spazio-temporali. Certo, il paradigma giusnaturalistico si compone di due passaggi indispensabili: lo stato di natura (la condizione pre-politica dei soggetti) e il contratto sociale, presentato come il momento della creazione consensuale dell’ordine politico. Parlare di contratto sociale non significa comunque per il giusnaturalista abbandonare il cielo della teoria: perché è ancora dell’ordine politico “come tale” che egli tratta e non della genesi di un determinato regime.

Il carattere rigorosamente “astratto” dell’argomentazione giusnaturalistica non basta però a trattenere il discorso dei diritti entro i confini della pura teoria. Al contrario, il suo crescente successo, la sua diffusione nell’opinione pubblica europea nel corso del Settecento, fa sì che esso divenga il parametro principale della descrizione e della valutazione delle società esistenti. I diritti del soggetto in quanto tale, i diritti dell’uomo (in sostanza, la libertà-proprietà teorizzata da Locke e assunta dall’opinione “illuminata” come il centro dell’ordine e della civiltà) divengono il fascio di luce capace di far risaltare i principali aspetti, negativi e positivi, della società esistente.

Questa operazione ha luogo ovunque la “luce della ragione” si diffonde e si afferma (in Francia come in Italia, in Gran Bretagna come nelle colonie inglesi dell’America settentrionale). La logica di fondo è la medesima ed è riconducibile a questo schema: i diritti naturali, i diritti dell’uomo, sono il fondamento di un ordine giusto; e proprio in quanto espressione dello statuto ontologico del soggetto come tale essi hanno anche una valenza deontologica: indicano il “dover essere” cui deve ispirarsi la condotta individuale e collettiva.

Un siffatto impiego dei diritti naturali (ispirato al confronto fra il “dovere” da essi imposto e l’“essere” della società) è corrente in tutta l’Europa dei lumi. Sono però profondamente diverse le conclusioni che se ne traggono a seconda dei contesti.

In Gran Bretagna, dopo la guerra civile degli anni Quaranta del Seicento e la *Glorious Revolution* del 1689, avevano avuto luogo imponenti trasformazioni che avevano fatto del paese una realtà anomala rispetto all’Europa continentale; una realtà caratterizzata da una nuova forma di governo, (tendenzialmente) parlamentare-rappresentativo, da un forte dinamismo economico-mercantile e da una tavola di valori (proprio i principî teorizzati esemplarmente da Locke: libertà-proprietà e tolleranza) condivisi dalle *élites* politico-sociali. I diritti degli inglesi, il sistema di libertà che Coke aveva rivendicato già all’inizio del Seicento contro le velleità assolutistiche della monarchia, erano ormai effettivamente parte della costituzione materiale del paese. È in questo clima che Blackstone tocca il tema del rapporto fra i diritti naturali e l’ordinamento esistente, per concludere che, in Inghilterra, questo rapporto è improntato alla massima armonia possibile. Il giusnaturalismo ha dimostrato che un ordine giusto presuppone il primato della libertà-proprietà e l’ordinamento positivo inglese costituisce una fedele approssimazione a questo parametro²⁵. Il dover essere e l’essere tendenzialmente coincidono.

25 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, vol. I.

Sull'Inghilterra, anche Voltaire in effetti non la pensa molto diversamente da Blackstone, delineando l'immagine di un paese libero, prospero e tollerante²⁶ e raccomandandolo ai propri concittadini come un auspicabile "modello" di società. Parlare dell'Inghilterra è svolgere un racconto che allude, per contrasto, alla Francia e ne denuncia le inadempienze. I diritti naturali, che l'opinione pubblica inglese utilizza per legittimare il regime socio-politico uscito dalla rivoluzione del 1689, divengono, nella pubblicistica francese (pur con tutta la varietà dei toni e la diversa radicalità delle prospettive che in essa si manifestano), un potente strumento di delegittimazione e di critica dell'esistente: ciò che è (la costituzione materiale del paese, potremmo dire) è abissalmente distante da ciò che dovrebbe essere. I diritti naturali sono il fondamento di un ordine possibile e auspicabile, ma (in Francia) inesistente. Se nell'opinione pubblica inglese è dominante un sentimento di moderata e ragionevole soddisfazione dello *status quo*, in Francia prende a diffondersi un atteggiamento (in qualche misura nuovo nella sua dimensione antropologico-politica) che Diderot tematizza efficacemente: l'indignazione²⁷; l'indignazione alimentata dal contrasto stridente fra ciò che dovrebbe essere e ciò che è.

I medesimi diritti vengono impiegati, nei due paesi, in direzioni opposte: come strumenti di una soddisfatta legittimazione dell'esistente o piuttosto di una sua combattiva, "militante", critica e delegittimazione. Le due strategie argomentative sono perfettamente contrarie e tuttavia condividono un passaggio: entrambe costringono l'universale (i diritti naturali del soggetto "in quanto tale") a "particolarizzarsi", a divenire il polo di un cortocircuito che ha, come polo opposto, una situazione concreta e storicamente determinata.

I diritti naturali sono (pensati, fondati, argomentati come) diritti universali e tuttavia essi, in quanto "agiti" nel vivo della comunicazione e del conflitto politico-sociale, divengono un potente argomento di legittimazione o

26 Voltaire, *Lettere filosofiche*, in Id., *Scritti politici*, a cura di R. Fubini, Torino, UTET, 1964.

27 Per Diderot i diritti dell'uomo devono essere colti «nell'indignazione e nel risentimento, queste due passioni che la natura sembra aver poste fin negli animali per supplire alla mancanza delle leggi sociali e della vendetta pubblica» (D. Diderot, *Voce Diritto naturale*, in Id., *Scritti politici, con le "voci" politiche dell'Encyclopédie*, a cura di F. Diaz, Torino, UTET, 1967, p. 565). Cfr. l'acuta e approfondita analisi di G. Imbruglia, *Indignation et droits de l'homme chez le dernier Diderot, De l'Encyclopédie à l'Histoire des deux Indes*, in G. Goggi, D. Kahn (dir.), *L'édition du dernier Diderot. Pour un Diderot électronique*, Paris, Hermann, 2007, pp. 125-176.

di delegittimazione di uno specifico assetto di interessi, di una determinata forma di vita; e svolgono questa funzione non già in quanto la loro formulazione originaria viene smentita, ma proprio in quanto la loro dimensione universalistica viene presa sul serio e fatta valere “in concreto”.

I *moral rights* (i diritti naturali, nel nostro caso) non “dicono” soltanto qualcosa, ma contribuiscono a “fare” qualcosa: sono semanticamente “universali” ma divengono pragmaticamente “locali”. Questo piano inclinato (dall’universale al particolare), già evidente nella vicenda settecentesca prima richiamata, trova un’ulteriore accelerazione a fine secolo, con la secessione delle colonie inglesi in America e lo scoppio della rivoluzione in Francia.

Per quanto riguarda la vicenda americana, non serve pronunciarsi sul problema del rapporto fra modello lockiano e tradizione repubblicana (un problema peraltro ormai storiograficamente datato e decantato²⁸) per rendersi conto della nuova collocazione che i diritti naturali vanno assumendo nel conflitto fra le colonie e la madrepatria: i coloni, se all’inizio difendono le loro prerogative in nome del *Common Law* e dei “diritti degli inglesi”, ben presto invocano le libertà e i diritti dell’uomo. Sono i diritti naturali (quei diritti che, attraverso Locke e oltre Locke, sono divenuti una bandiera di tutto il Settecento riformatore) a fungere da volano del nuovo e originale processo di *nation-building* e di *State-building* che decolla in America fra la Dichiarazione di Indipendenza e il varo della costituzione.

È la libertà dell’essere umano come tale (la libertà del soggetto *uti singulus*, del soggetto “privato”, ma al contempo anche la libertà come l’autodeterminazione politica di un individuo e di un popolo) la matrice ideale indispensabile per il processo di creazione del nuovo ordinamento. Questa libertà racchiude i contenuti e le suggestioni veicolate da molteplici tradizioni (non necessariamente omogenee fra loro), ma si propone comunque come una facoltà caratteristicamente umana: è in nome di questa libertà che i coloni americani combattono la loro guerra e gettano le basi di una nuova nazione. Il risultato è che il cortocircuito fra l’universalismo dei diritti e la determinatezza “particolaristica” del loro impiego “pragmatico” è ancora più fulminante di quanto non fosse mai avvenuto in precedenza. I diritti dell’uomo precipitano nel vivo di un vero e proprio processo costituente.

I diritti dell’uomo divengono immediatamente i “diritti degli americani”:

²⁸ Cfr. P. A. Rahe, *Republics Ancient and Modern*, 3 voll., Chapel Hill-London, The University of North Carolina Press, 1994, vol. III, *Inventions of Prudence: Constituting the American Regime*.

vengono concretamente agiti entro un processo costituente e si apprestano a divenire parte integrante, anzi pietra angolare, di un sistema normativo “positivamente” esistente. I *moral rights* divengono (anche) diritti “giuridici” ma non per questo perdono la loro aura originaria. Il cortocircuito che si viene creando fra i diritti naturali e il *nation-building* produce effetti in due direzioni: da un lato, il processo costituente “chiude” i diritti dell’uomo in uno spazio determinato, li confina nel perimetro di una specifica comunità politica, ma, dall’altro lato, i diritti naturali, assunti come volano dello *State-building*, conferiscono alla nuova nazione qualcosa del loro originario afflato universalistico.

Il popolo americano non afferma semplicemente la propria volontà di esistere, ma difende la causa della libertà contro la tirannia. Da questo punto di vista, il *pathos* universalistico dei diritti si incontra spontaneamente con una rappresentazione iscritta nella storia della colonizzazione inglese del Nord-America: l’idea, di impronta calvinistica, del popolo eletto; un’idea impiegata in molti e diversi contesti nell’Europa delle guerre di religione e trasmigrata di là dall’Oceano per essere riferita al popolo americano, chiamato da Dio stesso a una missione salvifica²⁹.

L’universalismo dei diritti, da un lato, entra senza sforzo nell’alveo della auto-rappresentazione soteriologica del popolo americano (in parte nutrendosi dell’*humus* cristiana, in parte contribuendo a diluirla secolarizzandola), dall’altro lato, contribuisce alla formazione di una peculiare immagine della nuova nazione (un’immagine destinata peraltro a reggere nel tempo): l’immagine di una nazione aperta al mondo, composta da chiunque decida di farne parte. La nazione americana, in quanto nazione di uomini liberi, sembra trarre dall’universalismo dei diritti una connotazione a sua volta “universalistica”, al di là dell’apparente contraddizione in termini: è una nazione fra le altre, ma è al contempo una comunità protesa verso l’universale, in due sensi; in quanto investita di una missione universale e in quanto aperta al mondo esterno, disposta ad accogliere chiunque dichiari di rispettare i diritti fondamentali (“naturali” e “costituzionali” al contempo). È in questa prospettiva che uno scrittore americano di origine francese, Hector St. John Crèvecoeur, chiedendosi «what [...] is the American, this new man?», insiste su «that strange mixture of blood, which you will find in no other country [...]»³⁰ e of-

29 Cfr. le considerazioni di Tiziano Bonazzi in *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d’America*, a cura di T. Bonazzi, Venezia, Marsilio, 1999.

30 H. St. John de Crèvecoeur, *Letters from an American Farmer*, Duffield-New York, Fox, 1904, pp. 54-55.

fre una prima formulazione di quella metafora (il *melting pot*) che continuerà a essere ottimisticamente usata nel corso del Novecento.

In realtà, la situazione è più complessa di quanto queste metafore vorrebbero suggerire. La *coincidentia oppositorum* – la sintesi fra il particolarismo dell'appartenenza e l'universalismo dei diritti – sfuma, perché l'apertura della nazione ai soggetti "esterni" non è indiscriminata, ma è sorretta da precisi parametri (talvolta dissimulati e talaltra esplicitamente menzionati). Una chiara formulazione è offerta dal *Naturalization Act*, del 1790, che indica i criteri di inclusione nella nazione (e di esclusione da essa): avere la residenza da almeno due anni; essere «a person of good character»; giurare fedeltà alle leggi e alla costituzione; e infine – particolare decisivo – essere «a free white person». Non possono far parte della nazione americana né gli schiavi né i liberi appartenenti a razze diverse dall'europea.

Dai diritti (anche se non solo da essi) la nazione trae un potente stimolo a proiettarsi sul piano dell'universale: i diritti naturali, piombati nel basso mondo di un processo costituente, iniettano in esso una robusta dose di universalismo. I diritti stessi però, come sappiamo, sono stati fondati e sviluppati in un discorso che, se pure li ha presentati come una determinazione dell'eguaglianza, al contempo è stato capace di renderli compatibili con rilevanti differenziazioni. I diritti spettano egualmente a tutti i soggetti; ma i "tutti" sono riferiti a una classe di soggetti pre-definita da parametri culturalmente dominanti, che reintroducono differenze e legittimano esclusioni.

Avviene dunque un singolare scambio delle parti fra l'universalismo dei diritti e il particolarismo della nazione: i diritti – nati come universali – partecipano alla fondazione di una specifica comunità politica, ma questa a sua volta impiega come meglio può le risorse dell'universalismo "universalizzando" se stessa. Ed è questo il gioco che è possibile ritrovare, modificato ma riconoscibile, nella seconda, grande rivoluzione che chiude il Settecento: la rivoluzione francese.

Anche in questo caso assistiamo a una decisiva traslazione, dal cielo alla terra, dei principî messi a punto dalla tradizione giusnaturalistica. È il contratto sociale il vecchio arnese impiegato da Sieyès quando, fra il 1788 e il 1789³¹, egli si assume il compito di individuare gli strumenti indispensabili per affrontare la crisi e superarla trasformando gli equilibri politico-sociali esistenti. L'occasione è offerta dall'urgenza di ripensare il ruolo degli Stati generali, le

31 E. J. Sieyès, *Essai sur les privilèges* (1788), a cura di P.-Y. Quiviger, Paris, Dalloz, 2007 e E. J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789), a cura di R. Zapperi, Genève, Droz, 1970.

antiche rappresentanze dei ceti. È a questo scopo che Sieyès ridefinisce la nazione: non più la vecchia società gerarchica culminante nel monarca, ma la nazione-Terzo Stato, la nazione che esclude da sé i duecentomila privilegiati e si compone dei venticinque milioni di francese giuridicamente eguali.

Quale è il compito attribuibile a questa ri-definita nazione? Esattamente il compito che i giusnaturalisti affidavano ai soggetti nello stato di natura: il compito di fondare attraverso il contratto sociale l'ordine politico. Anche per Sieyès sono i soggetti, i soggetti giuridicamente eguali, ad avere il potere (pieno, assoluto, privo di qualsiasi vincolo) di creare l'ordine. I soggetti di Sieyès però sono non già gli innocui e remoti "soggetti come tali", bensì venticinque milioni di francesi, e l'ordine che essi sono chiamati a fondare non è l'ordine "in generale" e "in astratto", ma è il nuovo e concreto assetto politico della Francia.

Attraverso lo schema contrattualistico, Sieyès mette in scena un nuovo soggetto collettivo, la nazione; e sarà la nazione la nuova, indispensabile entità cui imputare il processo rivoluzionario nella sua interezza. È in gioco un processo costituente che ha come fondamento e simbolo di legittimazione una nuova entità collettiva, la nazione, e come organo l'assemblea costituente che di quella nazione vuol essere la proiezione rappresentativa.

La nazione è uno dei simboli costitutivi del discorso rivoluzionario (e una delle sue più importanti eredità), ma non ne occupa per intero la scena: dalla tradizione giusnaturalistica giungono infatti alla cultura della rivoluzione non solo il contrattualismo, ma anche i diritti. Nazione e diritti hanno entrambi un'alta occorrenza nel lessico della rivoluzione. Basta ripercorrere il suo documento forse più celebre – la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino – per averne una facile conferma.

Il nuovo ordine che l'assemblea costituente si accinge a varare è un ordine fondato sui diritti; e i diritti non sono "decisi", bensì soltanto "dichiarati" dall'assemblea (e assunti come premessa della futura costituzione) proprio perché essi sono i diritti che la natura stessa ha attribuito agli esseri umani, come recita il preambolo della Dichiarazione. I diritti "dichiarati" sono i diritti naturali – principalmente la libertà e la proprietà – che tutto il Settecento aveva celebrato: i diritti dell'essere umano come tale, appunto i "diritti dell'uomo", come il testo puntualmente si esprime. I diritti naturali sono i diritti dell'uomo: non sono i diritti dei francesi; e tuttavia essi vengono assunti come il fondamento indisponibile del nuovo ordine voluto dalla nazione.

Con la Dichiarazione infatti, se i diritti trionfano, non per questo la nazio-

ne esce di scena: è la nazione che riscatta i diritti dall'oblio cui il dispotismo li aveva condannati; è la nazione ad essere chiamata a realizzare i diritti attraverso la legge. Vale lo schema delineato da Rousseau nel *Contrat social*: i diritti naturali, ceduti al sovrano (che coincide con i soggetti), vengono (a sua discrezione) restituiti ai cittadini e resi finalmente "esigibili", tutelati dalla forza della *respublica*. I diritti naturali divengono diritti civili. I diritti universali passano, per così dire, dallo stato gassoso allo stato solido: divengono diritti positivi, elementi di un ordinamento localmente vigente.

Si ripresenta in terra di Francia il singolare processo di particolarizzazione dell'universale. E torna a verificarsi anche il fenomeno eguale e contrario. Fino dalle prime battute del processo rivoluzionario un forte *pathos* universalistico pervade i dibattiti rivoluzionari. La stessa Dichiarazione dei diritti, vuole, sì, porre le basi del processo costituente francese, ma al contempo indirizza il suo messaggio al mondo intero. Inizia una vicenda in cui la nazione francese tende a rappresentarsi come il portavoce, e l'avamposto, dell'umanità: la Francia agisce in nome e per conto dell'umanità grazie al fatto che i diritti che essa annuncia e realizza sono i diritti degli esseri umani come tali.

Nell'entusiasmo palingenetico della rivoluzione ai suoi esordi, i confini della nazione (quindi la sua delimitazione "spaziale", il suo radicamento territoriale) sembrano sfumare, relativizzati da uno slancio cosmopolitico che induce a vedere nella stessa assemblea rappresentativa della nazione francese la tribuna di un'opinione pubblica transnazionale. Marie-Joseph Chénier propone di estendere la cittadinanza francese a tutti coloro che abbiano bene meritato della causa della libertà e dell'umanità e lo stesso concetto di straniero sembra perdere rilevanza di fronte alla tesi che gli amici della libertà, quale che sia la loro origine, possono essere considerati virtualmente cittadini francesi³².

L'universalismo dei diritti non è semplicemente "inghiottito" nel processo costituente perdendo la sua forza originaria: esso al contrario intride di sé il nuovo contenitore – la nazione – e la trasforma nell'unica direzione possibile: dal momento che la nazione non può che essere una comunità "confinata", delimitata, il suo congiungimento con l'universale avviene per via "rappresentativa". La nazione francese è "rappresentativa" dell'umanità simbolica-

32 L'espressione più radicale di questo cosmopolitismo è affidata agli interventi di Anacharsis Cloots, che continuerà ad attaccare l'idea di "straniero" anche quando la situazione sarà drasticamente mutata (cfr. A. Cloots, *Écrits Révolutionnaires, 1790-1794*, présentés par M. Duval, Paris, Éditions Champ Libre, 1979).

mente o meglio “oggettivamente”, attraverso il medium costituito dai diritti universali.

Si ripresenta dunque la possibilità della *coincidentia oppositorum*? A vanificare questa ipotesi provvede lo sviluppo della rivoluzione, in conseguenza non soltanto dell’incremento della conflittualità interna, ma soprattutto dell’accerchiamento internazionale. Occorre difendere, al contempo, la nazione e la rivoluzione dal nemico interno ed esterno. È in nome di questa parola d’ordine che viene legittimata la drammatica deriva del Terrore e subisce una netta inversione la tendenza a superare il concetto stesso di straniero: nell’agosto del 1793 viene proposta una legge che dispone l’espulsione degli stranieri (cittadini di un paese nemico), a meno che non dimostrino di aver dato prova di civismo. Lo straniero è “oggettivamente” sospetto e potenzialmente nemico.

Le antiche e persistenti contrapposizioni (fra il “dentro” e il “fuori”, fra il cittadino e lo straniero) riprendono forza, ma non per questo scompaiono il *pathos* universalistico: difendere la nazione è al contempo difendere una rivoluzione che coinvolge le sorti del mondo intero, così come il nemico è il nemico, insieme, della Francia e dei diritti dell’uomo. L’universalismo dei diritti, in nome dei quali la Francia difende se stessa dall’aggressione del nemico, permette di fare della guerra da essa combattuta la guerra della libertà contro il dispotismo, la guerra dell’umanità contro la barbarie. È questa la logica che rende possibile il decreto del 26 maggio 1794 secondo il quale «il ne sera fait aucun prisonnier anglais ou hanovrien». L’Inghilterra, combattendo la Francia, attacca l’umanità e diviene essa stessa dis-umana: un argomento già ampiamente usato (anche da Locke) per giustificare la pena di morte – con il suo reato il criminale ha rinunciato alla sua “umanità” e può essere eliminato come una bestia feroce – è esteso a un intero popolo³³. La causa dell’umanità è la causa della Francia (e viceversa).

Con la fine della rivoluzione, il nesso fra l’universalismo dei diritti e la missione trans-nazionale della Francia si indebolisce, ma non sparisce del tutto senza lasciare traccia: sono pur sempre la missione civilizzatrice della nazione e l’esportazione della rivoluzione – l’ideologia della *Grande Nation* – a servire da formula di legittimazione dell’epopea napoleonica. La vocazione espansionistica della nazione ha ormai avuto la meglio su quell’universalismo dei diritti che, all’esordio della rivoluzione, aveva indotto a dubitare della

33 Cfr. S. Wahnich, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 1997, pp. 237 ss.

plausibilità del concetto di “straniero” e a bandire, come estranea alla nazione rivoluzionaria, il concetto di guerra offensiva.

5. *I moral rights fra eguaglianza e differenze:
le “lotte per i diritti” nell’Ottocento*

I diritti naturali, formulati dalla cultura filosofico-giuridica sei-settecentesca, non sono rimasti a guardare dalla finestra della “pura” teoria i processi di *nation-building* esplosi a fine Settecento, ma ne sono divenuti parte integrante. I diritti sono stati assunti come fondamento di un nuovo assetto costituzionale, sono stati “positivizzati”, accolti nei testi normativi posti alla base di uno Stato nazionale, ma hanno al contempo mantenuto la loro originaria valenza di diritti dell’essere umano come tale. Il loro impiego nella rappresentazione e nella legittimazione delle nuove formazioni politiche ha avuto conseguenze importanti: da un lato, è scattato il cortocircuito fra l’universalismo dei diritti e il particolarismo della nazione; dall’altro lato, sono tornate a manifestarsi, all’interno dei processi costituenti, le medesime strategie argomentative che avevano permesso di dedurre dall’assioma dei diritti universali la necessità delle differenziazioni fra i soggetti.

Fino a che punto però l’affermazione dei diritti eguali – e la traslazione di questo principio dal cielo della teoria al terreno della prassi politico-costituzionale – può convivere pacificamente con il mantenimento delle differenze? In realtà, già nel momento in cui i diritti naturali sono stati presi sul serio dai *philosophes* e impiegati come strumento di valutazione di una precisa società – la Francia e l’Europa del loro tempo – l’eguaglianza ad essi collegata è servita a mettere in crisi le differenze: le differenze caratteristiche di una società cetuale, incompatibile con l’idea di un unitario soggetto-di-diritti. L’immisione dei diritti nel processo costituente (il loro impiego “costruttivo”, il loro contributo all’edificazione del nuovo ordinamento) ha avuto come presupposto logico e come antecedente storico il loro impiego critico e “distruttivo”, sostenuto dall’indignazione nei confronti delle diseguaglianze cetuali con essi incompatibili.

I diritti naturali erano la condanna senza appello delle diseguaglianze realmente esistenti e come tali erano la premessa indispensabile per la messa a punto di quella nuova entità collettiva – la nazione – che, per Sieyès, coincideva con tutti i soggetti giuridicamente eguali (i soggetti-di-diritti colloca-

ti dai giusnaturalisti nello stato di natura) ed estrometteva i pochi individui giuridicamente privilegiati. Era la nazione degli eguali la protagonista di una rivoluzione che in nome dei diritti cancellava, nella notte del 4 agosto, la plurisecolare società cetuale.

Trionfa nel nuovo regime l'eguaglianza dei soggetti-di-diritti. Non per questo però vengono cancellate quelle differenze già dimostrate come compatibili con l'universalismo dei diritti naturali. È vero dunque che tutti i soggetti sono eguali in stato di natura (e che tutti i cittadini sono eguali nei nuovi regimi costituzionali); ma l'eguaglianza dovrà comunque essere riferita a una classe di individui accomunati dalle qualità che li rendano soggetti umanamente "eccellenti": il genere maschile, la razza bianca, la proprietà (come segno esterno e garanzia dell'indipendenza, dell'autocontrollo, della responsabilità, della razionalità del suo titolare).

Evocazione dell'eguaglianza "universale" e preservazione di (alcune) differenze coesistono nel discorso dei diritti e svolgono entrambe un ruolo fondamentale nel momento in cui i diritti divengono una componente importante del discorso pubblico e del conflitto politico-sociale. Nella letteratura riformatrice pre-rivoluzionaria erano state le differenze cetuali (con la conseguente sottovalutazione e marginalità politica delle *élites* intellettuali e dei ceti produttivi a vantaggio dei pochi "privilegiati") ad avere suscitato indignazione e alimentato l'aspirazione a quella che sarà, alle soglie della rivoluzione, la nazione degli eguali. Realizzata l'eguaglianza dei soggetti-di-diritti, cominciano a venire al pettine i nodi fino a quel momento trascurati: appunto quelle differenze (legate alla razza, al genere, alla proprietà) assunte fino a quel momento come un presupposto immodificabile dello stesso discorso dei diritti.

I tentativi di sciogliere questi nodi occupano l'intera storia dell'Ottocento e del Novecento³⁴. Mi limiterò ovviamente a richiamare l'attenzione (con brevissimi cenni) sulle modalità più generali con le quali il discorso dei diritti entra in gioco in questa vicenda.

Una differenza flagrante era legata alla razza e alla contrapposizione (ad essa connessa) fra liberi e schiavi; una contrapposizione che la colonizzazione delle Americhe aveva trasformato in un fenomeno di enorme rilievo³⁵. La

34 Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 2., *L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000 e P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3., *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

35 Cfr. G. Turi, *Schiavi in un mondo libero. Storia dell'emancipazione dall'età moderna a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

differenza è clamorosa e apparentemente difficile da rendere compatibile con l'enfasi universalistica dell'eguaglianza dei diritti. In realtà, la denuncia di questa differenza in nome dell'eguaglianza stenta non poco a essere formulata. La liceità giuridica della schiavitù è un'eredità del mondo antico accolta nella tradizione dello *ius commune*³⁶. Qualche opinione dissenziente prende ad essere formulata nel corso del Settecento (ad esempio da Diderot), ma nemmeno l'ingresso trionfale dei diritti nel cuore dei processi costituenti in America e in Francia è sufficiente a mettere in crisi la contrapposizione fra libero e schiavo. In Francia però (a differenza che negli Stati Uniti, in conseguenza della ben maggiore rilevanza socio-economica della schiavitù nel Nuovo Mondo) il problema della schiavitù emerge in piena luce e diviene il centro di un conflitto che vede contrapposte, nell'assemblea nazionale, la lobby dei *planteurs* (i coltivatori francesi proprietari di schiavi nel Centro-America) e la *Société des amis des noirs*, guidata da Condorcet³⁷.

Contro una pratica sociale e un istituto giuridico ancora fiorenti sono i diritti dell'uomo a essere invocati, da Mary Wollstonecraft³⁸, in Inghilterra³⁹, come, in Francia, da Olympe De Gouges⁴⁰ e da Condorcet. E sono i diritti dell'uomo la parola d'ordine lanciata da un ex schiavo, François Dominique Toussaint Louverture⁴¹, nella durissima battaglia per la libertà che egli conduce contro i coloni francesi. Le resistenze, anche nella Francia rivoluzionaria, sono forti e occorrerà attendere il 1794 perché finalmente i giacobini giunga-

36 M. Fioravanti, *Il pregiudizio del colore*, Roma, Carocci, 2012.

37 Cfr. ad es. J. A. N. Caritat de Condorcet, *Sur l'admission des députées des planteurs de Saint-Domingue dans l'Assemblée nationale* (1789), in Id., *Œuvres* (Didot, Paris 1847), rist. anast. Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann, 1968, vol. IX, pp. 479-80; Id., *Riflessioni sulla schiavitù dei negri*, a cura di M. Griffio, Colonnese, Napoli, 2003.

38 M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, in Id., *Political Writings*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Cfr. M. Ferguson, *Subject to Others. British Women Writers and Colonial Slavery, 1670-1834*, New York-London, Routledge 1992; C. Midgley, *Women against Slavery. The British Campaigns, 1780-1870*, London-New York, Routledge, 1992.

39 Cfr. D. B. Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution 1770-1823*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999. Una raccolta di testi in J. Pinfold (ed. by), *The Slave Trade Debate Contemporary Writings for and against*, Oxford, Bodleian Library, 2007.

40 O. de Gouges, *Réflexions sur les hommes nègres*, in Ead., *Oeuvres*, a cura di B. Groult, Paris, Mercure de France, 1986.

41 F. D. Toussaint Louverture, *La libertà del popolo nero: scritti politici*, a cura di S. Chignola, Torino, La Rosa, 1997.

no all'epocale abolizione (per la prima volta al mondo) della schiavitù (che peraltro sarà di lì a poco reintrodotta da Napoleone e cancellata definitivamente – per la Francia – solo nel 1848). È indubbio comunque che in questa vicenda i diritti danno prova di essere un argomento “anti-discriminatorio” di indubbia efficacia.

Certo, non dovremo giungere all'ingenua conclusione che la fine (ancorché lenta e contrastata) della schiavitù nasca per partenogenesi dal discorso dei diritti: il successo dell'abolizionismo è infatti un fenomeno assai più complesso e ambiguo, sulle cui dinamiche (verosimilmente contrassegnate da molteplici e contrastanti interessi) il dibattito storiografico è ancora aperto⁴². I diritti non sono le leve che hanno mosso il mondo e abolito la schiavitù: hanno semplicemente svolto una funzione importante nel discorso pubblico del momento, sono stati strumenti retorici dotati di una non trascurabile capacità performativa nella misura in cui sono riusciti a mettere in difficoltà gli apparati difensivi dello *status quo*.

La lunga lotta condotta (anche, ma non soltanto⁴³) in nome dei diritti contro la discriminazione schiavistica è un esempio eloquente del ruolo che, a partire dagli ultimi anni del Settecento, i diritti prendono a svolgere nello scenario dell'Occidente. Il loro funzionamento nel discorso pubblico è caratterizzato dalla drammatizzazione di un contrasto: fra il *pathos* universalistico dell'eguaglianza e la persistenza di differenze che si pretendono antropologicamente fondate e imm modificabili. È appunto la legittimità di queste differenze che comincia ad essere messa in questione da strategie retoriche che, a partire dagli anni della rivoluzione, mirano a estendere progressivamente (potremmo dire a “universalizzare”) la classe dei soggetti-di-diritti.

A questa logica si ispira un'altra epocale battaglia, anch'essa appena annunciata alla fine del Settecento: la battaglia contro le discriminazioni legate al genere. Anche in questo caso, dalle pionieristiche e isolatissime tesi di Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges e Condorcet fino alla formazione di movimenti organizzati e combattivi nel secondo Ottocento, il filo rosso della retorica emancipazionista⁴⁴ si snoda mettendo in contraddizione la valenza

42 A partire da E. Williams, *Capitalismo e schiavitù* (1944), Laterza, Bari, 1971. Cfr. fra gli scritti recenti S. Swaminathan, *Debating the slave trade: Rhetoric of British National Identity, 1759-1815*, Farnham, Ashgate, 2009.

43 Nel mondo anglosassone una componente di grande rilievo è la sensibilità religiosa “radicale”.

44 Cfr. ad es. F. Pieroni Bortolotti, *Alle origini del movimento femminile in Italia, 1848-1892*, Torino, Einaudi, 1963; R. J. Evans, *Comrades and Sisters. Feminism, Socia-*

universalistica dei diritti e la tendenza espansiva del principio di eguaglianza con la persistenza di dispositivi di esclusione (o, se si preferisce, di “incapacitazione” giuridica e sociale) fondati sul declassamento antropologico del genere femminile. La difficoltà (retorica e culturale) della battaglia nasce dal fatto che la rivendicazione dei diritti non è di per sé sufficiente e rischia di essere un arma spuntata, se non si riesce a ri-definire il soggetto: se non si riesce a far passare, nell’opinione pubblica, l’immagine della donna come soggetto pienamente “umano” e non già inchiodato a una differenza “disabilitante”, a una “domesticità” incompatibile con la presenza nella sfera pubblica. Ancora una volta, occorre “universalizzare” la classe dei soggetti-di-diritti in nome di un’eguaglianza che travolge ogni distinzione (salvo recuperare la specificità femminile come una risorsa preziosa, una volta impedita un’applicazione “discriminante” della differenza).

Una classe di soggetti discriminati contesta i dispositivi di esclusione in nome dell’universalismo egualitario di cui i diritti (a partire dalla loro origine giusnaturalistica) sono il tramite principale. È questo il clima, ancora una volta, entro il quale matura una vicenda fondamentale della storia otto-novecentesca: la progettazione e la realizzazione della democrazia politica.

La realizzazione della democrazia implica primariamente (nel quadro del dibattito sette-ottocentesco) l’introduzione del suffragio universale, l’attribuzione dei diritti politici a tutti i cittadini, e richiede quindi il superamento tanto delle discriminazioni di genere (che però colpiscono anche la sfera dei diritti civili) quanto delle esclusioni legate alla proprietà. E anche in questo caso entra in gioco il consueto meccanismo retorico, che mira a dimostrare, alla luce della dimensione egualitaria dei diritti fondamentali, l’illegittimità delle discriminazioni; e di nuovo il ricorso all’universalismo dei diritti è solo il punto di partenza (necessario ma non sufficiente) di un’argomentazione che deve smantellare l’antica equazione fra proprietà, razionalità, indipendenza.

Razza, genere, proprietà: contro queste discriminazioni si dirigono le “lotte per i diritti” che attraversano tutto l’Ottocento. Conviene riflettere sinteticamente sui tratti che caratterizzano l’impiego dei diritti in questi contesti.

lism and Pacifism in Europe 1870-1945, Brighton, Wheatsheaf, 1987; A. Buttafuoco, *Questioni di cittadinanza. Donne e diritti sociali nell’Italia liberale*, Siena, Protagon, 1997; L. Klejman, F. Rochefort, *L’égalité en marche. Le féminisme sous la Troisième République*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 1989; A. Rossi-Doria, *Le idee del suffragismo*, in Ead., *La libertà delle donne. Voci della tradizione politica suffragista*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1990, pp. 263-316.

a) I diritti cui fanno riferimento le battaglie egualitarie combattute a partire dalla rivoluzione francese sono *moral rights* (come lo erano i diritti teorizzati dai filosofi del giusnaturalismo). I *moral rights* settecenteschi – i diritti naturali (la libertà e la proprietà) erano, sì, divenuti “diritti civili”, in quanto assunti come parte integrante dei nuovi ordinamenti, ma erano stati “positivizzati” in modo da renderli compatibili con le differenze (di razza, di genere, di censo) indispensabili, secondo consistenti settori dell’opinione pubblica, per il mantenimento dell’ordine. Si apre quindi di nuovo la dialettica (che sembrava conclusa con la rivoluzione) fra ciò che dovrebbe essere e ciò che è: i diritti realizzati, i diritti positivizzati (la libertà-proprietà) non esauriscono il discorso dei diritti, perché altre pretese emergono; pretese “giuste” e tuttavia non ancora accolte dall’ordinamento esistente; pretese che, se non ancora tradotte in diritti positivi, hanno tutti i crismi per essere considerate *moral rights*.

b) Continua dunque nell’Ottocento un discorso di cui già conosciamo la sintassi: un discorso che denuncia le inadempienze degli ordinamenti esistenti (e dei diritti in essi positivizzati) alla luce dei diritti “moral”. Prosegue, da questo punto di vista, il gioco inaugurato dalla critica illuministica dell’*ancien régime*, ma la continuità è parziale. I *moral rights* circolanti nel discorso pubblico ottocentesco infatti non possono più dirsi “diritti naturali”. Il giusnaturalismo è ormai tramontato, travolta da paradigmi fra loro diversi o opposti, ma concordi nel respingerne, come “metafisici”, gli assunti principali. I *moral rights* nell’Ottocento non possono quindi più giovare della fondazione messa a punto per i loro progenitori settecenteschi: l’idea di un nesso immediato e diretto con l’individuo “in quanto tale”. I *moral rights* continuano ad essere invocati, ma hanno perduto la loro base ontologica e possono essere presentati soltanto come declinazioni di un principio di eguaglianza la cui coerenza è più postulata che dimostrata.

c) Anche un altro aspetto del discorso dei diritti, già emerso nella sua fase illuministica, trova conferme nell’Ottocento: la tendenza a impiegare il lessico dei diritti per dare voce e credibilità a pretese condivise da (o riferibili a) una determinata classe di soggetti socialmente discriminati o svantaggiati. Interviene però anche su questo terreno un elemento di discontinuità: se nel Settecento la delegittimazione del regime esistente trovava nei diritti lo strumento retorico più efficace (se non esclusivo), nell’Ottocento i conflitti politico-sociali impiegano insistentemente l’arma dei *moral rights* (e si presentano spesso come vere e proprie “lotte per i diritti”), ma non mancano di far trapelare scetticismo o franca avversione nei confronti dei diritti, svalutati come

semplici variabili dipendenti dello scontro economico-sociale (è emblematica e influente in questa direzione la lezione di Marx).

d) Emerge nell'Ottocento, con un'evidenza senza precedenti, l'intimo legame che intercorre fra i diritti e il potere, fra il discorso dei diritti e la dinamica dei conflitti. Che il diritto del soggetto abbia una forte valenza potestativa è un'idea già compiutamente sviluppata da Hobbes e da Spinoza; e altrettanto chiara è la dimensione conflittuale – la “dichiarazione di guerra” alla società cetuale – implicita nella celebrazione illuministica dei diritti naturali. Nell'Ottocento però questi profili assumono un'evidenza e un rilievo ancora più forti. Se da un lato esiste il nucleo dei diritti realizzati, positivizzati, dall'altro lato si moltiplicano le pretese che trovano nel linguaggio dei diritti il principale strumento di espressione e di comunicazione. L'Ottocento è l'età dei diritti; ma il rilievo maggiore spetta forse, più che ai diritti realizzati, ai diritti rivendicati. È in questo secondo capitolo (più che nel primo) che conviene iscrivere l'intera parabola ottocentesca della democrazia: che si presenta (come è stato opportunamente osservato⁴⁵) assai più come “democratizzazione”, come progetto e come rivendicazione, che come ordinamento. La democrazia nell'Ottocento è in sostanza un capitolo di quella “lotta per i diritti” che è uno degli elementi caratterizzanti del secolo. I diritti in generale appaiono come *moral rights*, pretese giustificate, atti di rivendicazione sostenuti dal principio universalistico dell'eguaglianza. Emerge in piena luce un aspetto del discorso dei diritti che merita di essere valorizzato come una sua determinante componente di senso: il diritto del soggetto come momento qualificante dell'azione del pretendere⁴⁶, il diritto come strumento e posta in gioco del conflitto politico-sociale.

e) È in questa prospettiva che emerge un tema centrale nel processo di formulazione e rivendicazione dei *moral rights*: il tema del riconoscimento⁴⁷.

45 Cfr. M. Barberis, *Constant e la democrazia*, in G. M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, pp. 21-41.

46 J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, pp. 243-257; J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973. Luca Baccelli (*I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 99 ss.) valorizza efficacemente il tema del *claiming* come elemento costitutivo dei diritti.

47 Sul tema del riconoscimento cfr. J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998; A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, Milano, Il Saggiatore, 2002; A. Honneth, *Capitalismo e riconoscimento*, Firenze, Floren-

La lotta per i diritti persegue obiettivi precisi, combatte contro deprivazioni o incapacità specifiche, quali ad esempio l'esclusione censitaria dalla titolarità dei diritti politici. E solo in quanto "positivizzati" i diritti conferiranno ai loro titolari un potere capace di cancellare l'incapacità che li affliggeva. Ciò non significa però che i *moral rights* non abbiano una notevole capacità performativa. Formulare e giustificare una pretesa nel vivo di un conflitto è un'azione già di per sé dotata di senso. Reclamare l'eguale diritto al voto (per continuare il nostro esempio) è un'azione socialmente rilevante grazie alla quale una classe di soggetti (messi ai margini in ragione del censo o del genere) si impone all'attenzione della collettività e pretende di essere "presa sul serio". Nella lotta per la democrazia, una delle poste in gioco e uno degli obiettivi perseguiti (anche se non esplicitati) è appunto superare quella marginalità o estraneità che aveva indotto Marx a descrivere il proletariato come «una classe della società civile che non è una classe della società civile»⁴⁸. È l'azione rivendicativa, la formulazione della pretesa, prima ancora del suo adempimento, è l'enunciazione dei *moral rights*, prima ancora della loro positivizzazione, a produrre l'effetto, socialmente rilevante, del riconoscimento.

f) Conviene riflettere ulteriormente sulle caratteristiche del "prender parola", sul processo grazie al quale le aspettative di una classe di soggetti si traducono nella formulazione di *moral rights*. Quando diciamo (per continuare l'esempio precedente) che le donne o i non-proprietari rivendicano il suffragio universale facciamo uso di una sineddoche: presentiamo una parte come il tutto; in realtà infatti non sono "tutti" i membri di una determinata classe di soggetti a "prendere la parola", ma sono solo alcuni individui (non importa quanto numerosi e non importa se compresi o non nell'insieme dei soggetti esclusi) a sviluppare argomentazioni più o meno articolate per combattere l'esclusione in nome dell'eguaglianza. In concreto dunque alcuni individui parlano "in nome e per conto" di altri: parlano presupponendo tacitamente un legame rappresentativo fra loro e "tutti" i membri della classe dei soggetti "esclusi". Certo, la fondatezza di questo nesso rappresentativo sarà confermata o smentita dal

ce University Press, 2010. Di grande importanza le riflessioni di A. Pizzorno, *Risposte e proposte*, in D. Della Porta, M. Greco, A. Szakolczai (a cura di), *Identità, riconoscimento, scambio. Saggi in onore di Alessandro Pizzorno*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 210 sgg.; A. Pizzorno, *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2007. Cfr. anche in proposito D. Della Porta, M. Greco, A. Szakolczai, *Identità, riconoscimento, scambio* cit., pp. XXIII ss.

⁴⁸ K. Marx, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel, Introduzione*, in K. Marx, F. Engels, *Opere, III, 1843-1844*, Roma, Editori Riuniti, 1976, pp. 200-201.

comportamento politico-sociale dei soggetti “rappresentati”. Indipendentemente da questa verifica (che pure resta ovviamente di importanza decisiva sul piano storico-fattuale), tuttavia, il ricorso ai *moral rights* gode di un privilegio non trascurabile: quello di poter presentare come “oggettiva” la pretesa, senza dover dipendere dal parere dei soggetti cui la pretesa è imputata. Se il voto è un *moral right* imposto dal principio di eguaglianza e dalla sua logica “anti-discriminatoria”, la fondatezza della pretesa prescinde dalla “volontà” empirica dell’uno o dell’altro “escluso” ed è giusta “in sé”. I *moral rights* rendono “oggettivamente” rappresentativa la posizione di chi li rivendica.

g) Ancora una volta, dunque, l’universalismo dei *moral rights* conferma la sua efficacia retorica rendendo deontologicamente cogente il superamento delle discriminazioni: prendere sul serio i diritti ha significato nell’Ottocento assumerli come declinazioni di un’eguaglianza che sembra non ammettere eccezioni e temperamenti. I principali dispositivi, storicamente radicati, che presiedono alla differenziazione e alla gerarchizzazione dei soggetti (la proprietà e il genere) resistono ancora, nel concreto ordinamento della società, alle sfide dell’eguaglianza, ma hanno perduto, nel discorso pubblico, la loro tradizionale patina di assiomatica evidenza. Il soggetto-di-diritti non è più il soggetto “eccellente” del giusnaturalismo settecentesco e sembra ormai realmente coincidere con l’essere umano “come tale”, essendo state messe in questione (beninteso soltanto in zone ancora molto circoscritte dell’opinione pubblica) i pre-giudizi antropologici che avevano giustificato la marginalizzazione dei non proprietari e delle donne nella *civitas*.

In realtà, a impedire la piena coincidenza fra i soggetti-di-diritti e l’essere umano “come tale” interviene un elemento che attiene alla forma di civiltà che l’Occidente aveva assunto nel corso della modernità: una civiltà che aveva trovato un elemento caratterizzante nell’espansione coloniale (proseguita impetuosamente nel corso dell’Ottocento) e da essa traeva stimoli e argomenti per irrigidire differenze e stabilire gerarchie.

Certo, i *moral rights* non sono stati inoperanti nemmeno su questo fronte. È stata, da questo punto di vista, pionieristica e acuta la presa di posizione di Kant, che ha denunciato, in nome dei diritti, la violenza dei colonizzatori e il capovolgimento della “visita”, dello scambio paritario fra popoli, nella conquista e nella sopraffazione dei colonizzati da parte dei popoli europei⁴⁹.

49 I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, Utet, 1956; I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in Id., *Scritti politici*, cit. Sul “diritto co-

Né sono mancate, nello sviluppo del diritto internazionale ottocentesco, voci, minoritarie ma autorevoli⁵⁰, che hanno richiamato la necessità di difendere i diritti delle «genti non incivilite»⁵¹. Determinante però è la convinzione, pressoché unanime, di una differenza qualitativa fra “loro” e “noi”: alla luce di una filosofia della storia come progresso, come distacco dalla arcaica barbarie alla civiltà moderna, le culture extraeuropee venivano collocate lungo questo asse ideale e presentate come più o meno lontane dal culmine incarnato nella civiltà europea e occidentale.

È a partire da questo assunto – l’incoltabile divario di civiltà che separa “noi” da “loro” – che si diffonde lo schema di legittimazione della colonizzazione dominante nell’Ottocento: la colonizzazione come compito di civilizzazione, come diritto-dovere (il fardello dell’uomo bianco) nei confronti dei “selvaggi”. La contrapposizione fra l’Occidente civile e moderno e le arcaiche e barbare società extra-europee non è una tesi soltanto funzionale agli interessi della colonizzazione: è parte integrante di una più generale auto-comprensione dell’Occidente⁵². Civiltà, modernità e Occidente si implicano a vicenda e contrassegni essenziale della civiltà moderna occidentale sono per l’appunto lo Stato-nazione e i diritti: i diritti positivi, la libertà-proprietà, innanzitutto; ma più in generale i diritti attribuibili a un soggetto, i diritti realizzati così come le giuste pretese ancora inevase. L’universalismo dei *moral rights*, la dinamica delle ottocentesche “lotte per i diritti” tendono a muoversi in un cerchio spazialmente e culturalmente delimitato: quella civiltà moderna che solo l’Occidente è riuscito a realizzare.

smopolitico” in Kant, nel quadro di una storia complessiva del cosmopolitismo, cfr. le belle pagine di L. Scuccimarra, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall’Antichità al Settecento*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 388 ss.

50 Cfr. ad es. J. Caspar Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin, 1870, p. 203; F. Arcoleo, *Il problema coloniale nel diritto pubblico*, Napoli, Pierrò, 1914, p. 11.

51 P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, Utet, 1909, p. 59.

52 Cfr. A. Anghie, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, «Harvard International Law Journal», 40, 1999, 1, pp. 1-79; M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; C. Petit, *Detrimentum rei-publicae*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; P. Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, «Quaderni Fiorentini», 33-34, 2004-2005, pp. 169-258; G. Gozzi, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2010.

6. *Alle origini dei diritti umani: la catastrofe della guerra e la Dichiarazione del 1948*

L'Ottocento è l'età dei diritti. La forte presenza dei diritti nell'Europa del "secolo lungo" è incontestabile, ma mostra al contempo i segni di un'interna divaricazione e di una singolare fragilità. Da un lato, si moltiplicano le "lotte per i diritti", ma i *moral rights* reclamati faticano non poco a trovare accoglienza negli ordinamenti positivi; dall'altro lato, la rivendicazione dei diritti riesce a mettere in questione la legittimità delle discriminazioni esistenti, ma non dispone a proprio supporto di una teoria coerente e condivisa, che abbia preso il posto dell'ormai marginale giusnaturalismo. La stessa eguaglianza, cui le lotte per i diritti fanno appello contando sul fatto che essa è un principio costitutivo della modernità giuridica (salvo i diversi gradi di "radicalità" nella sua attuazione), subisce, a fine secolo, attacchi crescenti: dal darwinismo sociale ai movimenti nazionalisti, dalle ideologie della razza alle teorie dello Stato-potenza, si moltiplicano le prospettive convergenti nel presentare l'eguaglianza come un vecchio arnese ideologico, che occorre ridimensionare per valorizzare la gerarchia, la disciplina sociale, l'espansionismo della nazione.

La grande guerra segna il congedo definitivo dall'ottocentesca età dei diritti. Al di là della sua frattura epocale si apre una stagione – la stagione dei totalitarismi – caratterizzata da un sistematico e drammatico rovesciamento dei principî che si erano venuti affermando (pur con mille contrasti e contraddizioni) nel discorso pubblico occidentale nel corso dei secoli precedenti. Con apparente paradosso, però, sono proprio la teoria e la prassi dei regimi totalitari – la radicale negazione dei diritti e il sistematico avvilito della soggettività (tradizionalmente assunta come il naturale centro di imputazione dei diritti stessi) – a valere come il principale antifatto della parabola novecentesca dei diritti umani. Numerosi movimenti e orientamenti che, negli anni Trenta, intendono contrapporsi al fascismo e al nazionalsocialismo individuano infatti proprio nella visione dei diritti e della soggettività l'elemento caratteristico della democrazia e il principale punto di discriminazione dai totalitarismi.

Dal liberalsocialismo di Rosselli⁵³ al neo-tomismo di Maritain (tanto per ricordare orientamenti fondati su visioni del mondo profondamente diverse),

⁵³ C. Rosselli, *Socialismo liberale*, a cura di J. Rosselli, in C. Rosselli, *Opere scelte*, Torino, Einaudi, 1973, vol. I.

emergono convergenze strategiche che trovano nel nesso fra diritti e individuo il loro principale *trait d'union*. Far leva sui diritti significa contrapporsi ai totalitarismi e al contempo prendere le distanze dall'Europa ottocentesca: significa valorizzare l'autonomia individuale, azzerata dai totalitarismi, ma anche riproporla su nuove basi, ampliando la rosa dei diritti attribuiti all'individuo. Occorre insomma ripensare il concetto stesso di democrazia e intenderla (come suggerirà Maritain agli inizi degli anni Quaranta) come il regime che pone al centro la persona e ne favorisce il compimento attribuendo ad essa una molteplicità di diritti (non solo i diritti civili, ma anche i diritti politici e i diritti sociali)⁵⁴.

Sono queste le linee principali di quella che potremmo chiamare la “filosofia di guerra”, condivisa dalle potenze alleate contro il nazionalsocialismo e il fascismo non meno che dai movimenti di resistenza (in Francia e in Italia). La guerra contro il totalitarismo (e gli immani sacrifici da essa richiesti) sono sostenuti e “compensati” dalla tensione verso il futuro, dall'aspettativa di un ordine nuovo e più giusto, che nascerà dopo la fine della guerra e realizzerà la libertà dalla paura e dal bisogno promessa da Roosevelt nel suo famoso discorso (del 6 gennaio 1941) sullo stato dell'Unione.

La seconda guerra mondiale è «la guerre de droits de l'homme», per usare le parole di René Cassin, uno dei protagonisti della redazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; una guerra combattuta allo scopo di «remettre au premier plan les droits de l'individu»⁵⁵. Occorre sapere per che cosa si combatte; e una guerra condotta in nome dei diritti (non solo dei “vecchi” diritti, classicamente liberali, ma anche dei nuovi diritti, reclamati nel corso dell'Ottocento ma ancora largamente inadempiti) acquista senso e legittimità. È la guerra a dare un nuovo smalto a quei diritti umani che, fra Otto e Novecento, avevano perduto molto della loro forza di attrazione. Né peraltro la riscoperta di questi diritti è facile e immediata. Non si parlava molto di diritti umani a ridosso della prima guerra mondiale; e nemmeno il pacifismo umanitario del presidente Wilson aveva trovato nei diritti un privilegiato canale di espressione. E anche quando si era fatto più urgente il bisogno di una sorta di “idem sentire” fra gli alleati la riscoperta dei diritti non è immediata:

54 J. Maritain, *Cristianesimo e democrazia* (1943), Milano, Vita e Pensiero, 1977.

55 La citazione è in M. Agi, *L'action personnelle de René Cassin*, in *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98. Avenir d'un idéal commun, Actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne, Paris*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 167.

ancora la *Atlantic Charter*, firmata da Churchill e da Roosevelt nel 1941, non impiega la categoria dei “diritti umani”. Erano stati semmai singole personalità e movimenti operanti nel mondo anglosassone a sollevare con qualche anticipo il tema di una carta di diritti⁵⁶. Di diritti umani comincia però a parlare la conferenza di San Francisco e infine l’art. 55 della Carta delle Nazioni Unite si propone di promuovere «[...] universal respect for, and observance of human rights [...]».

I diritti umani entrano ufficialmente in scena e trovano la loro definitiva consacrazione in due eventi di grande valore simbolico: il processo di Norimberga (e di Tokyo) e la Dichiarazione Onu del 1948.

È alla nozione di diritti umani che rinvia, in ultima istanza, il tribunale di Norimberga. L’art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale menziona infatti, accanto ai crimini contro la pace e ai crimini di guerra (e in connessione con questi), i crimini contro l’umanità. Ed è appunto quest’ultima ipotesi a rivelarsi, insieme, audace e problematica. A percepire subito il ruolo strategico di questa nozione è Gustav Radbruch, che non esita a ritenere giuridicamente fecondo il concetto di “umanità” e suscettibile di valere come matrice dell’ordine sia interno che internazionale⁵⁷. Da quella matrice dipendono i diritti umani, che ne sono la declinazione giuridica, tanto che la loro violazione può essere qualificata come un “crimine contro l’umanità”.

Questa tesi può essere impiegata per respingere due obiezioni rivolte contro l’istituzione del tribunale di Norimberga: la violazione del “divieto di retroattività”⁵⁸ e l’insufficiente terzietà del giudice, dal momento che sono i

56 Cfr. W. M. Reisman, *Private International Declaration Initiatives*, in *La Déclaration universelle des droits de l’homme*, cit., pp. 79-116.

57 G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, a cura di D. Pasini, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 212-214.

58 Cfr. C. Schmitt, *La guerra civile fredda*, in Id., *L’unità del mondo e altri saggi*, a cura di A. Campi, Roma, Pellicani, 1994, pp. 299-301. Di opposto avviso H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, a cura di L. Ciaurro, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 118-119. Sui delicati problemi sollevati dal processo di Norimberga cfr. A. Tarantino, R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant’anni dalla sua celebrazione*, Milano, Giuffrè, 1998; M. Rusconi, *Vendetta alleata o giusta punizione? La percezione dei processi di Norimberga negli scritti dei protagonisti*, «Studi storici», 38, 1997, pp. 993-1030; R. Merkel, *Nürnberg 1945, Militärtribunal. Grundlagen, Probleme, Folgen*, «Rechtshistorisches Journal», 17, 1998, pp. 491-525; L. Baldissara, *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della “giustizia politica”*, in L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L’ancora del mediterraneo, 2005, pp. 5-73.

vincitori a giudicare i vinti. Le due obiezioni non sono determinanti per la peculiare natura dei diritti umani: che godono di una perennità ed evidenza che non ha riscontro nei diritti “interni” ai singoli ordinamenti, trascendono la vecchia logica politico-statuale e valgono come le premesse di un nuovo ordinamento internazionale che, secondo Radbruch, sarà capace di imporsi non soltanto sugli sconfitti, ma anche sugli «invitti e potenti violatori del diritto»⁵⁹.

I diritti umani, lungi dall'infrangersi sulla corazza dello Stato, dichiarano scacco al sovrano e valgono come criterio di giudizio delle sue decisioni. È questa la “verità” dominante nel clima dell'immediato dopoguerra; una verità che nasce dall'urgenza di creare una distanza incolmabile fra i nuovi ordinamenti e l'incubo totalitario. Il totalitarismo fascista e nazionalsocialista, però, secondo una diagnosi largamente accreditata in quella temperie culturale, sono solo l'estrema degenerazione ed esasperazione della celebrazione ottocentesca dell'onnipotenza dello Stato, sancita, sul terreno della teoria giuridica, dal giuspositivismo e dall'imperativismo. Il nuovo ordine deve quindi essere eretto su una base speculare rispetto a quella consolidata nella tradizione: non identificando l'ordine con lo Stato, ma assumendo i diritti come fondamento della convivenza e facendo dello Stato uno strumento funzionale alla loro realizzazione.

Se i diritti umani occupano il centro della scena, da un lato, declina il ruolo dello Stato e aumenta l'attenzione per gli organismi transnazionali (per la nascente Europa unita come per l'ordine internazionale nel suo complesso), e, dall'altro lato, entra in crisi il positivismo giuridico (accusato di aver propugnato l'ideologia dell'obbedienza divenendo il servo sciocco dei regimi totalitari), mentre arride un'imprevista fortuna al giusnaturalismo.

In realtà, se pure prendono a circolare, nel secondo dopoguerra, opere effettivamente caratterizzate da precise opzioni giusnaturalistiche (all'interno del mondo cattolico come delle culture protestanti)⁶⁰, il clima generale è piuttosto impregnato di ciò che vorrei chiamare un “giusnaturalismo in senso largo”⁶¹: un atteggiamento (spesso composito ed eclettico) che fa leva sulla ne-

59 Radbruch, *Propedeutica*, cit., pp. 231-232.

60 Cfr. ad es. H. D. Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln, Bachem, 1968.

61 Sviluppo questo spunto in P. Costa, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in P. Ferreira da Cunha (a cura di), *Direito natural, justiça e política*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 213-244.

cessità di superare le strettoie dell'imperativismo e del positivismo e valorizza i diritti come il perno del futuro ordine interno e internazionale, senza per questo riconoscersi fino in fondo in una precisa filosofia del diritto naturale⁶².

È questa l'atmosfera nella quale viene portata a compimento la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui obiettivo principale è appunto invertire il rapporto (consolidato nell'Ottocento) fra Stato e diritti: lo Stato non è il "padrone" dei diritti, ma è al loro servizio, e l'ordine (interno e internazionale) ruota sul nesso originario e universale fra i diritti e l'individuo. Il centro del mondo è l'individuo "come tale" e i diritti di cui egli è, in quanto essere umano, titolare.

Dopo un lungo giro, il più puro e schietto universalismo sembra tornato alla ribalta, come se il "vecchio" giusnaturalismo settecentesco avesse consegnato il testimone, nel secondo dopoguerra, nelle mani di un "nuovo" giusnaturalismo, ansioso di sbarazzarsi dell'eredità ottocentesca. In realtà, il gioco delle continuità e delle discontinuità è, come al solito, più complicato e sottile.

È brusco il congedo dalla statalismo in nome della centralità dell'individuo, che addirittura acquista visibilità autonoma anche nel diritto internazionale (che in tutta la tradizione precedente era stato pensato, salvo qualche rarissima eccezione, come un sistema di rapporti inter-statali). Ciò però non implica affatto un (impossibile) "ritorno" al Settecento. A impedirci di parlare di "ritorno" interviene la radicale diversità dei contesti. Il discorso dei diritti nel secondo dopoguerra (come in realtà qualsiasi altra espressione culturale in quel contesto) è inseparabile dal trauma della guerra, dall'esperienza dei totalitarismi, dalla mentalità, dalle aspettative, dai timori del presente. Occorre quindi guardarsi dal gioco (troppo facile) di rintracciare analogie estrinseche e formali fra espressioni culturali maturate in contesti profondamente diversi.

Se poi vogliamo mettere in parentesi per un momento la peculiarità dei contesti (e il diverso senso che in essi vengono ad assumere espressioni anche formalmente simili), le differenze fra i diritti umani del 1948 e i diritti

62 A proposito dello stesso Radbruch è discutibile (e ancora discussa) la tesi che gli attribuisce una netta "conversione" al giusnaturalismo. Cfr. ad es. M. A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch dal relativismo al giusnaturalismo*, «Rivista di filosofia», 50, 1959, pp. 61 ss.; R. Dreier e S. L. Paulson, *Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 85, 3, 1999, pp. 463-468 e l'importante contributo di G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

dell'uomo del 1789 sono consistenti. La principale fra esse è il “catalogo” dei diritti e i loro contenuti. Mentre i diritti naturali sei-settecenteschi (a partire da Locke) ruotavano intorno alla libertà-proprietà, i diritti elencati nella Dichiarazione del 1948 sono molteplici e ormai rappresentativi delle tre categorie (diritti civili, politici e sociali) che ci sono familiari.

È vero che questa scelta è un compromesso (faticosamente raggiunto) che conclude il braccio di ferro fra potenze occidentali e blocco sovietico. Ciò non toglie però che i termini del contendere e lo stesso linguaggio impiegato sono espressione di una cultura che, su questo terreno, è lontana dalle idealità politiche settecentesche, mentre intrattiene un rapporto di indubbia continuità con il discorso pubblico dell'Ottocento (pur rifiutandone l'eredità “stato-centrica”). I redattori della Dichiarazione del 1948 non possono non fare i conti con quelle “lotte per i diritti” che avevano reclamato l'abbattimento delle discriminazioni in nome dell'eguaglianza e avevano trovato una prima, se pure effimera, “positivizzazione” nella costituzione di Weimar.

Un analogo intreccio di continuità e discontinuità riguarda la tematizzazione dell'eguaglianza. Essa infatti, richiamata dal primo articolo della Dichiarazione del 1948 e dominante in tutto il documento, si pone, da un lato, in ideale continuità con l'eguaglianza dei soggetti-di-diritti enunciata programmaticamente dal giusnaturalismo sei-settecentesco, ma, dall'altro lato, risponde all'esigenza di chiamare per nome, evidenziare e abolire le discriminazioni; quelle discriminazioni legittimate dal “vecchio” giusnaturalismo, ma denunciate come inaccettabili dalle ottocentesche “lotte per i diritti”.

L'eguaglianza tematizzata dalla Dichiarazione del 1948 è quindi lontana dall'eguaglianza attribuita agli essere umani “in stato di natura”; e tuttavia è individuabile qualche sottile filo di continuità con il tessuto argomentativo caratteristico del primo giusnaturalismo. Nella Dichiarazione del 1948 restano tracce dell'antica strategia che, pur proclamando l'eguaglianza, riesce comunque a salvare dal suo “rullo compressore” alcune differenze. La Dichiarazione infatti, nonostante la sua enfasi egualitaria, colloca ai margini o addirittura passa sotto silenzio due differenze: da un lato, le discriminazioni legate al genere e, dall'altro lato, la condizione degli individui e dei popoli ancora sottomessi al dominio coloniale (una reticenza, quest'ultima, ovviamente non casuale, dati i persistenti interessi coloniali di due dei principali paesi – la Francia e l'Inghilterra – impegnati nella redazione della Dichiarazione).

Il gioco delle differenze e delle analogie è complicato e coinvolge il concetto stesso di diritto del soggetto. I diritti teorizzati dal giusnaturalismo sei-set-

tecentesco sono attribuiti al soggetto sulla base di una soggiacente antropologia politica e dispongono di un robusto fondamento ontologico. Niente di simile si ripete per i diritti umani enunciati dalla Dichiarazione del 1948. Il problema era stato sollevato nei lavori della commissione e non erano mancati tentativi di offrire al testo (a partire dal suo *incipit*⁶³) appigli “fondazionali” più robusti, indicando Dio o la natura come fondamento dei diritti umani. Prevalse però la decisione di evitare scelte filosoficamente impegnative, concordando di fatto con una raccomandazione di Maritain, che in un’occasione analoga (un’iniziativa UNESCO intorno ai diritti dell’uomo) aveva consigliato di lasciar perdere le divergenze dottrinali per privilegiare «una specie di sostrato comune, una specie di comune legge non scritta, un punto di convergenza pratica delle più diverse ideologie teoriche e delle più svariate tradizioni spirituali»⁶⁴.

Alla fondazione “forte” dei sei-settecenteschi diritti dell’uomo si è sostituita non tanto una fondazione “debole”, quanto un aggiramento del problema “fondazionale” a vantaggio di una convergenza pratica intorno ad alcuni principî dati per evidenti. È però anche vero che, se collochiamo in una foto di gruppo, da una parte, i diritti naturali sei-settecenteschi e, dall’altra, i diritti umani della Dichiarazione del 1948, non è impossibile ravvisare, fra i due gruppi, una qualche aria di famiglia, imputabile ad alcuni tratti comuni. Mi sembra di poter confermare, da questo punto di vista, le ipotesi di partenza.

In primo luogo, nel giusnaturalismo sei-settecentesco come nella Dichiarazione del 1948 i diritti “esistono”, sono attribuiti ai soggetti, indipendentemente dalla loro inclusione in un qualche ordinamento “positivo”. Il genere prossimo cui riferire entrambi è dunque la categoria dei *moral rights*. Certo, la Dichiarazione del 1948 è un documento normativo. Essa stessa però indica il senso della formulazione dei diritti cui ha provveduto: offrire all’umanità – come recita il Preambolo – un «common standard of achievement», data l’improponibilità del documento come un insieme di norme effettivamente cogenti. I diritti enunciati dalla Dichiarazione sono “diritti morali” anche nel senso che essi sono parte di un discorso pubblico destinato a una crescente fortuna in anni recenti. In secondo luogo, tanto i “diritti naturali” quanto

63 Art. 1: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

64 J. Maritain, *Introduzione*, in UNESCO (a cura di), *Dei diritti dell’uomo* (1949), Milano, Ed. di Comunità, 1952, p. 13.

i “diritti umani” sono riferiti essenzialmente a un individuo e svolgono un ruolo fondamentale per la sua affermazione e per il suo compimento “umano”. Infine, dato che i diritti vengono attribuiti all’essere umano come tale, il discorso che li riguarda assume una valenza programmaticamente universalistica (che si rispecchia nel titolo stesso della Dichiarazione del 1948). Il *pathos* universalistico, che si era arrestato di fronte all’irrompere dei nazionalismi ottocenteschi o si era disperso nelle varie lotte per i diritti e per l’eguaglianza, riprende, con la Dichiarazione del 1948, a investire in pieno il discorso dei diritti.

7. I diritti umani fra retoriche universalistiche e lotte per il riconoscimento

L’universalismo dei diritti diviene un aspetto caratteristico del discorso pubblico del secondo Novecento a partire dalla Dichiarazione del 1948, che ne costituisce il primo e principale presupposto (anche se il suo pieno dispiegarsi deve essere collocato dopo il 1989, con la fine della contrapposizione fra gli Stati Uniti e l’Unione Sovietica).

L’universalismo trionfa, anche se, sul piano della teoria, emergono posizioni che formulano con forte anticipo obiezioni che torneranno con insistenza nei decenni successivi: da un lato, l’*American Anthropological Society* rivendica, proprio nel momento in cui si lavorava alla redazione della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, l’irriducibile pluralità e varietà delle culture e l’impossibilità di enunciare diritti riconducibili all’essere umano “come tale”⁶⁵; dall’altro lato, nello stesso periodo, Hannah Arendt richiamava l’attenzione sul dramma degli apolidi, titolari di meri “diritti umani” e tuttavia sprovvisti di qualsiasi protezione⁶⁶, e ne traeva la conseguenza che in realtà solo il diritto alla «*Staatbürgerschaft*» è il vero “diritto dell’uomo”, dal momento che senza l’appartenenza politica i diritti umani restano meri *flatus vocis*⁶⁷.

65 Cfr. *Statement on Human Rights*, «*American Anthropologist*», 49, 1947.

66 Cfr. S. Salvatici, *Senza casa e senza paese: profughi europei nel secondo dopoguerra*, Bologna, il Mulino, 2008.

67 H. Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* (1949), in O. Höffe (hrsg.), *Praktische Philosophie/Ethik*, Band 2, Frankfurt a. M., Fischer, 1981, p. 167. Cfr. anche H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt Brace & Company, 1951.

Un attacco radicale al nesso fra persona e diritti può essere ricondotta a una matrice nietzscheana che ha trovato suggestive elaborazioni nella riflessione di Deleuze e infine di Esposito: ancorati alla persona, i diritti sono l’espressione di una tradizione fondata sulla

Le posizioni anti-universalistiche si moltiplicano e si diversificano, nel corso del tempo, ma non bastano a compromettere il successo dei diritti umani, tanto che la convinzione di un nesso essenziale fra l'essere umano "come tale" e i diritti è divenuto un luogo canonico del nostro discorso pubblico. Tentiamo allora, conclusivamente, di riflettere su alcune delle caratteristiche più salienti di questo "luogo" molto frequentato.

A) Un tratto caratteristico è la persistenza, fino ad oggi, di una dialettica che investe l'intera parabola dei diritti umani (dalla loro prima formulazione giusnaturalistica fino ad oggi): la dialettica fra lo slancio universalistico e la pressione dei "particolarismi".

L'esistenza di questa dialettica non deve peraltro sorprendere, essendo facilmente collegabile con lo statuto retorico dei diritti umani, da sempre strumenti efficacemente impiegabili nella valutazione (nella promozione, nella legittimazione, nella condanna) di decisioni politiche e di comportamenti individuali e collettivi. Anche nel secondo Novecento continua l'uso retorico-legittimante dei diritti, che si manifesta in forme in parte nuove e in parte sperimentate. Caratteristico dell'impiego retorico dei diritti è la crasi fra l'universalismo dell'enunciazione e il particolarismo dell'interesse "protetto" dall'enunciazione stessa. È stato Marx a individuare, con esemplare lucidità, un siffatto cortocircuito, sostenendo che i diritti dell'uomo, decantati dalla rivoluzione francese, sono soltanto l'ipostatizzazione (pseudo) universalistica dei diritti del borghese, di ciò che Marx chiamava l'egoismo del proprietario⁶⁸.

In realtà, il cortocircuito fra proprietà "borghese" e diritti dell'uomo è solo un possibile esempio di un dispositivo retorico che si manifesta non appena un determinato "interesse" o una specifica condizione o forma di vita (necessariamente "particolare") viene, insieme, consacrata e occultata dal manto universalistico del *moral right*. Il medesimo gioco è stato condotto e continua

gerarchizzazione delle facoltà umane senza il quale il concetto stesso di persona è impensabile. Per Esposito «quello di persona appare un dispositivo performativo di lungo, e anzi lunghissimo, periodo il cui effetto principale sta proprio nell'elaborazione di una scissione, o di una decisione escludente, tra soggetto di ragione, di volontà e dunque anche di diritto e uomo come essere vivente». Occorre quindi sfuggire alla logica "personalista" e «attivare un pensiero dell'impersonale» (R. Esposito, S. Rodotà, *La maschera della persona*, «Micromega», 2007, 3, pp. 106-108). Cfr. anche R. Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007.

68 Cfr. K. Marx, *Sulla questione ebraica*, in K. Marx, F. Engels, *Opere*, III, 1843-1844, Roma, Editori Riuniti, 1976, pp. 176-78. Un analogo schema è impiegato di recente da S. Žižek, *Contro i diritti umani*, Milano, Il Saggiatore, 2005.

ad essere condotto con pedine volta a volta diverse: mutano gli interessi e gli ordinamenti, ma si ripresenta la tendenza a convertire il loro “particolaristico” punto di vista nella sintassi di un universalistico discorso dei diritti.

Nel secondo Novecento, il discorso dei diritti si è prestato a valere come bandiera e simbolo di identità di uno specifico regime o “forma di civiltà”. Un siffatto impiego fa la sua comparsa dove meno potremmo attendercelo: nella stessa Commissione incaricata della redazione della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, dove il contrasto fra le potenze occidentali e il blocco sovietico viene insistentemente giocato sul contrasto fra i diritti di libertà e i diritti sociali⁶⁹. Lo *Zeitgeist* (e la capacità di mediazione di alcuni protagonisti della vicenda, a partire da Eleanor Roosevelt) riescono a comporre il conflitto, che però ben presto deflagra. Inizia la “guerra fredda”: inizia la divisione del mondo in due blocchi contrapposti (potenze occidentali e blocco sovietico), ciascuno dei quali rivendica come vera e (tendenzialmente) universale la propria “democrazia” (e i relativi diritti).

È soltanto con l’attenuazione e infine con l’esaurimento del conflitto geopolitico fra Est e Ovest, fra la democrazia “formale” e la democrazia “sostanziale”, che sembrano ormai superati gli ostacoli al pieno dispiegamento di quell’universalità fiduciosamente attribuita dalla Dichiarazione del 1948 ai diritti umani. E in effetti è vero che, dopo il 1989, i diritti umani raggiungono l’acme del loro successo. Ciò non basta tuttavia ad arrestare una volta per tutte il moto pendolare fra universalismo e particolarismo. La logica particolaristica sembra affacciarsi di nuovo in connessione con un fenomeno che già in passato aveva suggerito un impiego “particolaristico” del discorso dei diritti: la guerra. La guerra agli “Stati canaglia”, la guerra ai terrorismi, viene presentata come necessaria e legittima in nome dei diritti umani⁷⁰. Torna a farsi sentire

69 Cfr. D. McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991; P. Alston (ed. by), *The United Nations and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992; G. Alfredsson, A. Eide (ed. by), *The Universal Declaration of Human rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague-Boston-London, Nijhoff, 1999; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

70 Cfr. D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998; M. Dogliani, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 1999; C. Pinelli, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, «Diritto pubblico», 1999, 1, pp. 61-88; D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto, ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

in questo nuovo contesto il fascino “oggettivistico” dei diritti umani: chi agisce invocando i diritti umani sembra potersi fregiare di un nesso “oggettivamente” rappresentativo della totalità dei soggetti, che lo pone al di sopra del consenso, degli interessi, della vita degli individui concretamente coinvolti.

B) La crisi fra universalismo e particolarismo è ricorrente nel discorso dei diritti, ma non ne esaurisce le potenzialità retoriche. A mio avviso, infatti, sarebbe esposta al rischio del “riduzionismo” la tesi di chi volesse vedere nei diritti umani soltanto l’ennesimo trucco dell’ideologia (nel senso marxiano del termine). Non può essere infatti sottovalutato un altro aspetto: lo slancio egualitario sollecitato dall’universalismo dei diritti. Siamo di fronte, anche in questo caso, a un tema che attraversa tutta la storia dei *moral rights*, ma va incontro a ulteriori sviluppi e determinazioni in anni recenti. Certo, l’eguaglianza è il tema portante della Dichiarazione del ’48, che a sua volta l’eredita dal discorso dei diritti sviluppatosi nei secoli precedenti. Sappiamo però come l’eguaglianza abbia dovuto continuamente fare i conti con persistenti discriminazioni. La Dichiarazione del ’48 (memore delle “lotte per i diritti” ottocentesche) è consapevole della necessità di nominare le differenze e impedirne un trattamento discriminatorio; e tuttavia ancora al suo interno almeno due realtà specifiche (la condizione femminile, i popoli colonizzati) sono trascurati o ignorati. Si sviluppa allora una tendenza a una crescente specificazione dei diritti e a una sempre più puntigliosa individuazione dei soggetti: non basta il generico richiamo agli eguali soggetti-di-diritti, ma si sente la necessità di denunciare e rimuovere le discriminazioni che affliggono specifiche classi di soggetti (dai portatori di handicap ai minori, alle donne, ai popoli indigeni, alle minoranze linguistiche e così via enumerando) e si moltiplicano a questo scopo gli incontri e i documenti internazionali. Si forma ciò che è stato chiamato un vero e proprio “diritto anti-discriminatorio”, sorretto dalla volontà di impedire quell’interessato occultamento delle discriminazioni, che in passato aveva resa parziale e compromissoria la realizzazione dell’eguaglianza.

Pur con il rischio della ridondanza degli enunciati normativi, l’eguaglianza sembra presa sul serio nell’odierno tornante del discorso dei diritti. Un ulteriore campo di tensione sembra però aprirsi su questo terreno: la tensione fra l’eguaglianza e le differenze, il timore che la logica egualitaria, applicata indiscriminatamente, azzeri le specificità delle diverse realtà umane, sacrifichi la ricchezza di esperienze peculiari e diverse. Il problema era emerso precocemente a proposito della specificità femminile: già presente addirittura a Mary

Wollstonecraft, il problema era stato ampiamente discusso nel movimento delle donne fra Otto e Novecento ed è infine divenuto un tema cruciale nel dibattito attuale⁷¹; che peraltro deve misurarsi con il rapporto fra l'eguaglianza e altre "differenze": quali il rapporto fra le culture, oggi minoritarie, dei popoli "nativi" e le culture dominanti, nel continente americano o in Australia, e, più in generale, il rapporto fra culture diverse all'interno di società "occidentali" e comunque ispirate al principio degli eguali soggetti-di-diritti⁷². Si apre insomma una nuova frontiera nel rapporto fra eguaglianza e differenze, che però non sembra rendere superata ed esaurita la dialettica "tradizionale"⁷³: da un lato, si intende portare a fondo lo slancio antidiscriminatorio del principio di eguaglianza, dall'altro lato si intende valorizzare la ricchezza delle differenze senza sacrificarle sull'altare di un'eguaglianza astratta e indiscriminata. È aperto (e potenzialmente fecondo) il dibattito su come valorizzare le differenze, la specificità delle molteplici condizioni umane, senza trasformarle in stigma socialmente discriminanti e giuridicamente incapacitanti.

C) La dialettica fra universalismo e particolarismo e fra eguaglianza e differenze riguarda i *moral rights* in tutto l'arco della loro storia e trova, nel secondo Novecento, conferme e sviluppi peculiari. Che questa dialettica sia un fenomeno "di lungo periodo" non è peraltro sorprendente, dal momento che connota un fenomeno relativamente omogeneo: i *moral rights* come componenti non secondari del discorso pubblico della modernità.

I diritti umani nel secondo Novecento, però, se pure mantengono il loro statuto retorico tradizionale (si presentano ancora come diritti dell'essere umano come tale e «common standard of achievement»), ambiscono anche a presentarsi come diritti "positivizzati", sostenuti dalla forza normativa delle carte costituzionali o dei documenti internazionali. Si apre allora uno scenario in qualche misura diverso, che incide sul ruolo dei diritti nel discorso pubblico e nella prassi politico-giuridica odierna.

71 Cfr. ad es. C. Gilligan, *Con voce di donna: etica e formazione della personalità*, Milano, Feltrinelli, 1987; C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1989.

72 Cfr. ad es. Cfr. W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999; F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti, costituzione: una prospettiva realista*, Bologna, Clueb, 2000; N. Torbisco Casals (ed. by), *Group rights as human rights: A liberal approach to multiculturalism*, Dordrecht, Springer, 2006.

73 Cfr. L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, 2005; A. Rossi Doria, *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*, Roma, Viella, 2007.

Il primo solenne ingresso dei diritti umani novecenteschi nel cuore degli ordinamenti avviene con quelle carte costituzionali che in Italia, in Germania, in Francia provvedono a erigere, sulle macerie dei precedenti regimi, un nuovo edificio normativo, proprio nel momento in cui l'Organizzazione delle Nazioni Unite varava la Dichiarazione del 1948. Tanto la Dichiarazione quanto le carte costituzionali "nazionali" nascono nel medesimo clima (il giusnaturalismo "in senso lato" prima ricordato) e rispondono alle medesime esigenze: porre al centro del nuovo ordine l'individuo e i suoi diritti (civili, politici e sociali) e assumere questi ultimi come «indecidibili» (per usare l'espressione di Ferrajoli⁷⁴), sottratti ai contraccolpi della politica in quanto base imprescindibile dell'edificio costituzionale.

I diritti fondamentali delle nuove costituzioni sono diritti umani (analoghi a quelli enunciati dalla Dichiarazione del 1948): sono diritti non ancorati a un preciso fondamento ontologico (solo il *Grundgesetz* tedesco è più esplicito nell'evocare il diritto naturale), ma in ogni caso fondanti e indecidibili perché espressione e baluardo dell'essere umano "in quanto tale". I diritti umani divengono dunque (anche) diritti positivi: perno di quel nuovo tipo di democrazia che è la democrazia costituzionale del secondo dopoguerra⁷⁵.

La costituzionalizzazione dei diritti umani è evidentemente un fenomeno di grande rilievo, non soltanto in se stesso, ma anche per gli effetti che esso produce sul discorso dei diritti. Potremmo trarre da ciò una prima ed immediata conseguenza: in quanto positivizzati, i diritti umani non sono più semplici pretese (pur argomentate e legittimate), ma sono diritti "veri e propri", diritti "realizzati". La distanza fra l'enunciazione e la realizzazione del diritto sembra annullata. In realtà, l'effetto della costituzionalizzazione dei diritti non è l'annullamento della distanza fra enunciazione e realizzazione: è piuttosto la dislocazione della medesima dialettica in un differente *frame*, determinato dalle nuove coordinate.

La costituzione infatti (pensiamo *exempli causa* all'Italia) ha una valenza essenzialmente progettuale: traccia le linee del nuovo ordinamento, progetta un nuovo ordine e impegna il legislatore alla sua realizzazione. I diritti

74 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001

75 Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Diritti e democrazia*, in A. Pizzorno (a cura di), *La democrazia di fronte allo Stato. Una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, «Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli», 44, 2008, Milano, Feltrinelli, 2010, pp. 1-46.

costituzionalizzati non sono diritti realizzati: sono diritti promessi, anche se assunti dal costituente come impegnativi e cogenti. Proprio per questo si ripete, nella storia dell'Italia repubblicana, una stagione di intense "lotte per i diritti": che non sono le lotte per i diritti ottocentesche, dal momento che ora i diritti invocati non sono pretese "esterne" all'ordinamento, ma sono i diritti assunti come fondamento dell'ordinamento stesso. Il conflitto politico-sociale continua a svolgersi in nome dei diritti: in nome di diritti umani che sono al contempo *moral rights* e diritti costituzionali. La lotta per i diritti si presenta in Italia come lotta per l'attuazione della Costituzione⁷⁶. Non si tratta però ovviamente soltanto di un fenomeno italiano. Invocare i diritti umani, confermati e irrobustiti dalle carte costituzionali e dai documenti internazionali, è una strategia retorica ricorrente in contesti molto diversi: si pensi, ad esempio, ai movimenti anti-segregazionisti negli Stati Uniti d'America in nome dei *civil rights*⁷⁷; si pensi ancora al processo di decolonizzazione⁷⁸, che procede nel secondo dopoguerra in nome dell'autodeterminazione e dei diritti umani: proprio quei diritti che la Commissione Onu aveva dichiarato nel 1948, senza però volerne trarre le conseguenze anticolonialistiche in essi implicite.

Si presenta dunque, in questa nuova cornice, un fenomeno caratteristico e fondamentale di tutta la storia dei diritti: il nesso fra conflitti e diritti; il ricorso al lessico dei diritti per trasformare aspettative implicite e confuse in pretese argomentate e legittimate, per formulare richieste, per contrapporsi all'avversario e ottenere visibilità e riconoscimento (prima ancora del conseguimento di una specifica condizione di vantaggio nella distribuzione del potere e delle risorse).

Continuano dunque, nel quadro dei diritti umani costituzionalizzati, le lotte per i diritti (per la realizzazione dei diritti "ospitati" nella costituzione): per "tutti" i diritti (civili, politici e sociali) che le costituzioni del secondo dopoguerra (come la Dichiarazione del 1948) davano per indivisibili e reciprocamente complementari (perché egualmente necessari per il compimento della persona). Fino a che punto però "tutti" i diritti possono essere assunti come diritti umani fondamentali? Questo assunto è apparso credibile nei paesi nei

⁷⁶ Cfr. P. Calamandrei, *La costituzione inattuata*, Milano-Roma, Ed. Avanti!, 1956.

⁷⁷ Cfr. M. L. Dudziak, *Cold War, Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

⁷⁸ Cfr. McGoldrick, *The Human Rights Committee* cit.; T. D. Musgrave, *Self-determination and National Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1997; C. Margiotta, *L'ultimo diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

quali (e fino a quando) il progetto welfarista e la politica keynesiana sono stati presi (più o meno) sul serio, ma ha dovuto scontrarsi, prima, con la contrapposizione fra le due “democrazie”, e poi con la crisi dello Stato sociale e il successo (conclamato alla fine del millennio) delle ideologie neo-liberiste. L’impatto sul discorso dei diritti è evidente: le lotte *per* i diritti (le lotte per la realizzazione di “tutti” i diritti promessi dalle costituzioni e dalla Carte dei diritti) tendono a trasformarsi in lotte *intorno* ai diritti, nella misura in cui si indebolisce la convinzione che tanto i diritti sociali quanto i diritti di libertà possano essere concepiti come *moral rights* di eguale rilievo⁷⁹. Diviene meno impiegabile una risorsa retorica di cui i diritti umani si sono spesso giovati: l’affermazione della loro evidenza, della loro immediata persuasività; e aumenta corrispettivamente il rilievo di una caratteristica (presente storicamente, ma lasciata in ombra): la tensione, il conflitto fra diritti, la loro dipendenza da visioni del mondo essenzialmente incompatibili. Non è oggi soltanto la “classica” tensione fra diritti di libertà e diritti di sociali a investire il discorso dei diritti: gli stessi diritti di libertà sono al centro di un conflitto (come dimostra il dibattito sulla bioetica) che rende inservibile il vecchio strumento retorico dell’evidenza.

I diritti umani sostengono l’edificio della democrazia costituzionale e ne garantiscono la tenuta e l’unità; al contempo però essi non si presentano più come una coerente e unitaria promessa che attende di essere realizzata (con l’apporto delle lotte *per* i diritti), ma sembrano suggerire interpretazioni e impieghi nettamente divergenti.

L’aprirsi di una stagione di lotte *intorno* ai diritti investe indirettamente un altro aspetto caratteristico della democrazia costituzionale, accentuandone la problematicità: il rapporto fra diritti e democrazia e conseguentemente fra potere politico e giurisdizione. Nelle democrazie costituzionali sono i diritti umani “costituzionalizzati” a porsi come guida e argine al potere delle maggioranze parlamentari (come briscole antimaggioritarie, per dirla con Dworkin), con un conseguente fenomeno: un rafforzamento del ruolo del giudiziario, assunto come custode ultimo del rispetto dei diritti fonamen-

79 Un esempio, nell’ambito del dibattito filosofico-giuridico, può essere offerto dal recente libro di M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003 e dalle discussioni da esso sollevate: cfr. ad es. T. Mazzarese, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 179-208 e T. Casadei, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e “diritto diseguale”*, «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 291-311.

tali⁸⁰. Il giudice però, nella cornice della democrazia costituzionale, non può essere concepito secondo gli schemi del giuspositivismo ottocentesco, ma si propone come un *policy maker*, chiamato a realizzare i diritti costituzionalmente garantiti, orientandosi secondo principi eticamente e politicamente impegnativi. Il conflitto fra diritti allora rischia di investire anche l'operato della giurisprudenza favorendo il recente fenomeno della "giuridicizzazione" del conflitto politico (e della corrispettiva politicizzazione del ragionamento giuridico⁸¹).

Non poche né irrilevanti tensioni si accumulano dunque nel discorso dei diritti, pur nel momento in cui esso sembra godere di un consistente successo. E anche là dove i diritti umani abbandonano il *mare magnum* del discorso pubblico per acquisire uno statuto giuridicamente definito vecchie tensioni come nuove difficoltà non mancano di manifestarsi. In ogni caso, due profili (per così dire trasversali, capaci di presentarsi, in forme diverse, in contesti e tempi differenti) sembrano contrassegnare l'impiego dei *moral rights* nel discorso pubblico dell'Occidente.

Un fenomeno ricorrente è il collegamento fra l'universalismo dei diritti e i particolarismi delle condizioni concrete. Può avvenire che il *pathos* universalistico si scarichi sulle realtà particolari imprimendo ad esse una valenza nuova, dilatandone il ruolo e "assolutizzandole": è il processo di universalizzazione del particolare che ha interessato (tanto per riferirsi agli episodi già ricordati) un'azione di guerra oppure la rappresentazione della nazione oppure ancora un'intera forma di civiltà. Se in questi casi è l'universalità dei diritti che imprime una valenza universalistica a una realtà particolare, in altri casi vale la regola eguale e contraria: sono i diritti che, radicati in un contesto specifico (in una nazione, in una determinata civiltà) si presentano come universali, rafforzando la propria legittimità attraverso un processo (simmetrico al precedente) di universalizzazione del particolare.

80 Si tratta di una tendenza ampiamente diffusa: cfr. C. R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1998; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002; L. Trägårdh, M. X. Delli Carpini, *The Juridification of Politics in the United States and Europe: Historical Roots, Contemporary Debates and Future Prospects*, in L. Trägårdh (ed. by), *After National Democracy. Rights, Law and Power in America and the New Europe*, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004.

81 Sono le espressioni impiegate nell'interessante libro di E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

Altrettanto ricorrente appare il collegamento fra i diritti e il conflitto, in vari sensi. In primo luogo, conviene tener presente il conflitto *fra* diritti. Un conflitto di importanza decisiva è apparso il conflitto fra diritti diversi quanto al loro “statuto di esistenza”: i *moral rights*, da un lato, e, dall’altro lato, i diritti positivi, i diritti accolti in un determinato ordinamento. A partire dalla critica illuministica dell’antico regime, è stato il ricorso a *standard* metapositivi quali i *moral rights* a funzionare come potente strumento di delegittimazione dell’esistente e di progettazione di ordini alternativi. E di una siffatta discrasia (pur se variamente argomentata) fra ciò che dovrebbe essere e ciò che è si sono avvalse anche le lotte per i diritti ottocentesche.

Il conflitto fra diritti non si esaurisce però nel cerchio della distinzione fra *moral rights* e diritti positivi: può riguardare non lo statuto di esistenza dei diritti, ma la sostanza delle rivendicazioni. In questi casi i diritti (*moral rights* o diritti positivi che siano) vengono in gioco come l’espressione di visioni etico-politiche diverse che confliggono fra loro esprimendo aspettative, pretese (appunto, diritti) i cui contenuti appaiono diversi e incompatibili fra loro.

I conflitti fra diritti sono in ogni caso conflitti *attraverso* i diritti: è la dinamica politico-sociale, l’interazione fra individui e gruppi operanti in un contesto determinato, a sollecitare la messa a punto di criteri, relativamente condivisi, applicabili nel processo di allocazione delle risorse e di distribuzione del potere. Situati nell’inesauribile gioco interattivo, al contempo conflittuale e consensuale, fra individui e gruppi, il discorso dei diritti deve essere studiato come momento della comunicazione sociale in un contesto determinato: sembra difficile pensare storicamente i diritti se non collocandoli (ieri come oggi) nel tessuto retorico che fa di essi non essenze definite una volta per tutte, ma pedine nella partita dell’allocazione delle risorse e della distribuzione del potere.

Pedina nel gioco dell’interazione sociale, il discorso dei diritti include come propria inevitabile componente il continuo scambio fra universalismo e particolarismo, fra dichiarazioni assolutizzanti e impieghi strumentali. Possiamo imputare tutto ciò, se vogliamo, al “lato oscuro” del discorso dei diritti; ma forse potremmo semplicemente assumerlo come l’espressione della sua integrale storicità o “finitezza”, della sua appartenenza a una dinamica intersoggettiva che non dispone di punti fermi, di parametri acquisiti una volta per tutte, ma procede nel continuo confronto fra pretese inevitabilmente contingenti.

È nell'orizzonte dell'Occidente e della modernità che si è sviluppato il discorso dei diritti ed è stato l'individuo come tale (anch'esso un tipico prodotto di quella peculiare cultura) il protagonista di quel discorso. In questo spazio storico il discorso dei diritti ha mostrato, come due facce della medesima moneta, un forte slancio universalistico così come ricorrenti torsioni particolaristiche. In nessun caso i diritti possono essere presentati come la colonna di fuoco che difende il popolo eletto dai suoi persecutori permettendo l'ingresso nella terra promessa. È però anche vero che i diritti sono stati insistentemente impiegati per contestare i dispositivi di marginalizzazione e di esclusione volta a volta dominanti. Proprio per questo i diritti evocano ancora l'immagine di un'eguaglianza che solo in quanto rivendicata (e non già semplicemente "concessa") può offrire agli esseri umani il riconoscimento e la dignità indispensabili alla loro autostima.

DIRITTI UMANI E DIRITTO PENALE

Domenico Pulitanò

1. *Una riflessione entro l'orizzonte del liberalismo politico*

1.1. Proponendo come tema il *lato oscuro* dei diritti umani, il convegno macedone del maggio 2011 ha invitato a riflettere, in un contesto opportunamente interdisciplinare, su problemi e limiti di qualcosa che evoca importanti conquiste ed è circondato da una forte enfasi retorica. Anche *lato oscuro* è una formula retorica, che trasmette un monito antiretorico: la retorica dei diritti va tenuta sotto controllo. Come ogni retorica, può essere strumento di mobilitazione e di persuasione; il suo rapporto con le ragioni del diritto – e dei diritti – è sempre (per definizione) discutibile.

Il campo problematico è sconfinato (in senso letterale): possono essere argomento di riflessione i concetti (il linguaggio dei diritti), il fondamento e la storia ed i cataloghi dei diritti, i problemi di formalizzazione giuridica, di promozione e di garanzia, i conflitti ed i rischi di abuso. Il discorso sui diritti umani può essere svolto su diversi piani, tra diritto, storia, filosofia. Cercherò di impostare una riflessione *sul diritto* (più specificamente: sul diritto *penale*) sul piano di concezioni *politiche* della giustizia, del tipo di quella di Rawls¹. Non un piano di mera ricognizione storica o ermeneutica di ordinamenti positivi (che pure entreranno nella discussione), e non il piano di una concezione *comprensiva* globale, di ciò che una volta si sarebbe detto *Weltanschauung*.

Definiamo *politica* una teoria che intende cercare risposta (o meglio, alcune risposte) al problema di fondo della società politica: la ricerca di soluzioni dei problemi della convivenza fra uomini «*per mezzo di regole e decisioni che abbiano un'autorità collettivamente vincolante*». È il piano di una politica che guarda al diritto quale strumento normativo per la posizione di regole e decisioni vincolanti che poggiano in definitiva sull'*uso legittimo della forza o della coercizione*².

1 J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli Editore, 2008.

2 Citazioni da C. Larmore, *Dare ragioni*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2008, p. 100.

Il liberalismo come concezione politica riguarda direttamente e specificamente il costituirsi di ordinamenti giuridici, dei quali è costitutivo per l'apunto il nesso con il potere di coercizione. La filosofia politica liberale non è applicazione *tout court* di una concezione morale comprensiva; con l'arte della separazione³ fra sfere di vita, fra morale e politica e diritto, si pone come regola (come etica) della convivenza fra portatori di differenti concezioni morali comprensive.

Beninteso, il liberalismo può anche essere presentato come concezione *comprensiva*, secondo un approccio diverso dalla strategia della neutralità e della separazione: una *strategia della continuità* volta a radicare la politica nell'etica personale, beninteso un'etica liberale, ritenuta la ragione più forte per accettare una filosofia politica liberale⁴. Come concezione comprensiva, il liberalismo sarebbe *una fra* le diverse concezioni comprensive che il liberalismo politico intende comporre e far convivere nell'arena politica e sociale.

Per la ricerca di principi regolativi di una convivenza fra portatori di concezioni comprensive diverse, è il *liberalismo politico*, e non un liberalismo *comprensivo*, che si candida come un buon punto di partenza. A differenza del liberalismo comprensivo, il liberalismo politico può essere un terreno unificante perché enuclea un *sottoinsieme dell'etica*, rilevante per la politica ma aperto a diverse concezioni comprensive dell'uomo e del mondo.

Ovviamente, nessun approccio può presentarsi come del tutto neutro, o postulare come scontata la sua accettazione. Il liberalismo *politico* si contrappone a pretese totalizzanti, ai fondamentalismi religiosi e politici, alle pretese di uno stato etico o ideologico: esempi tragici di come «*certamente in politica molti danni provengono dalle persone che pensano che la politica sia etica applicata*»⁵. Si oppone anche a un relativismo estremo, che per indifferenza ai valori si presta a divenire *alibi costante della tirannia*⁶. Il liberalismo politico è un approccio inclusivo, ma non indiscriminatamente inclusivo. I diritti umani si sono affermati dentro questo orizzonte; riguardano il *giusto*, non il bene⁷. È dentro questo orizzonte che manifestano il loro lato positivo, ciò che li rende importanti.

3 N. Urbinati, *Liberi e uguali*, Bari, Laterza, 2011, p. 8.

4 R. Dworkin, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. Dworkin e S. Maffettone, *I fondamenti del liberalismo*, Bari – Roma, Laterza, 2008.

5 Larmore, *Dare ragioni* cit., pp. 103-04.

6 M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 76.

7 Ivi, p. 57.

1.2. «*La nozione di diritti fondamentali* – leggiamo in una recente rivisitazione del tema⁸ – è *controversa, e non può non esserlo, perché ha, e non può non avere, un'intrinseca connotazione assiologica*». I diritti umani «*sono l'affermazione di valori da attuare, tutelare o promuovere*», ed ogni deficit di consenso sulla cognizione e ricognizione dei valori da affermare si riflette sulla loro traduzione giuridica. Controverso il catalogo dei diritti umani; e controversi i modi del loro temperamento e della loro tutela.

Un «*marcato contrasto tra il diffuso ricorso alla nozione di diritti umani e lo scetticismo sulla sua tenuta concettuale*» attraversa l'intera storia delle rivendicazioni di diritti. *Dal punto di vista di un ordinamento dato*, tutto è discutibile, e dentro questo orizzonte si colloca la critica benthamiana: parlare di diritti naturali sarebbe un *nonsense retorico*⁹.

Il senso della retorica dei diritti umani (o naturali o fondamentali) è addebitato dalla storia: «*le proclamazioni di diritti umani, sebbene si presentino come se con esse si riconoscesse l'esistenza di qualcosa [...] sono in realtà forti pronunciamenti etici su ciò che andrebbe fatto*»¹⁰, pretese che chiedono traduzione giuridica, e che divengono diritti in senso pieno là dove abbiano ottenuto riconoscimento giuridico.

I diritti umani – dicono autorevoli voci – hanno un *fondamento meramente storico*¹¹. Ciò ha senso come rifiuto di concezioni metafisiche dei diritti, e difesa delle condizioni di una libera discussione: «*il linguaggio dei diritti umani non è la carta franca definitiva nel dibattito morale*»; «*le credenze di carattere fondativo di ogni genere sono state per lungo tempo una minaccia ai diritti umani degli individui comuni*»¹².

Le dichiarazioni dei diritti non si pronunciano sul fondamento dei diritti. Questo *silenzio pragmatico* nel cuore della cultura dei diritti umani ha facilitato l'emergere di una cultura globale dei diritti umani¹³, di consensi per intersezione sui diritti da riconoscere, a partire da concezioni comprensive diverse. Come *impegno morale fondamentale implicato dai diritti* viene

8 T. Mazzaresse, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione 'politicamente scorretta'*, «Ragion pratica», 2010, pp. 509 ss.; citazioni da p. 528.

9 Sen, *L'idea* cit, pp. 360 ss.

10 Ivi, p. 363.

11 *Ex plurimis* Bobbio cit.; Ignatieff, *Una ragionevole* cit.; D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in Ignatieff, *Una ragionevole* cit., pp. 135 ss.

12 Ivi, pp. 86, 88.

13 Ivi, pp. 79-80.

indicato *l'impegno alla deliberazione*, e la disponibilità a sedere allo stesso tavolo, a «*prestare ascolto a pretese che non si ascoltano volentieri, con lo scopo di trovare compromessi che impediscano a rivendicazioni concorrenti di finire col recare danni irreparabili*»¹⁴.

Non assumo fra le premesse della mia riflessione un catalogo di diritti umani o diritti fondamentali: la costruzione di un catalogo (più o meno *thin* o *thick*) può essere semmai la conclusione di un'analisi dei problemi cui un catalogo di diritti si candidi come una possibile *buona risposta*. Al punto di partenza ci sono i problemi.

Il discorso dei diritti è *individualistico per definizione*: riguarda il conferimento di potere (*empowerment*) agli individui, ne protegge la capacità d'azione¹⁵. La cultura dei diritti è «*individualistica anche quando viene rivendicata per difendere ragioni identitarie e tradizioni, anche quando il suo universalismo viene contestato a partire da differenze di genere o culturali*»¹⁶. L'individualismo morale di Rawls, è stato giustamente osservato, non è una tesi antropologica, sulla natura umana. È una tesi etica: ci dice che la libertà o autonomia dell'individuo deve essere il principio fondamentale della convivenza politica, e che affermare la natura relazionale e culturale degli esseri umani non è affatto in contraddizione col sostenere l'autonomia morale (con i limiti derivanti dal vivere in una società di individui autonomi e moralmente responsabili verso sé e verso gli altri)¹⁷. L'individualismo morale protegge la diversità culturale, e quindi culture diverse, anche non meramente individualistiche, per il rispetto dovuto a persone concrete, «*donne e uomini che si esprimono attraverso linguaggi, scelte di vita e tradizioni culturali*»¹⁸.

2. Il principio dell'eguale rispetto

In un orizzonte aperto, non fondamentalista, «*nei pronunciamenti sui diritti umani c'è l'implicito presupposto che gli argomenti etici a essi sottesi siano in grado di superare una verifica aperta e informata*»¹⁹. Quali sono gli argomenti etici che danno sostanza al discorso sui diritti?

14 Ivi, p.86.

15 Ivi; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997.

16 Urbinati, *Liberi* cit., p. 7.

17 C. Mancina, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 68.

18 Urbinati, *Liberi* cit., p. 7.

19 Sen, *L'idea* cit., p. 364.

«*La difesa laica dei diritti umani discende dall'idea di reciprocità morale*», ci dice Ignatieff²⁰, che sviluppa questo concetto nel seguente semplice test per il giudizio sulle azioni umane: «*vorremmo essere dalla parte di chi è oggetto di quelle azioni?*».

Reciprocità morale: non è l'indicazione di un punto di partenza, un fondamento sia pure bisognoso di concretizzazione nella storia? È questo un filo conduttore della filosofia politica di Rawls; non radicato metafisicamente in una postulata dignità speciale dell'uomo, ma consistente nel riconoscimento reciproco di uomini riuniti in società. «*È difficile dare un senso alla nostra vita morale senza riconoscere la forza autonoma della reciprocità*»²¹. Rispetto *reciproco* significa riconoscere a ciascuno ciò che da ciascuno è dovuto: implica uguale rispetto e un diritto e dovere di *giustificazione reciproca*²².

Appunto l'idea dell'eguale rispetto si presta a definire il presupposto morale fondamentale «*del consenso per intersezione che dovrebbe sostenere il liberalismo politico*»²³.

Il principio dell'eguale rispetto è sotteso (almeno implicitamente) a domande di riconoscimento avanzate da concezioni comprensive diverse – non fa differenza se in nome della neutralità liberale o d'una asserita verità metafisica o religiosa – laddove argomento ricorrente è il rifiuto dell'imposizione ed il rifiuto di una considerazione diseguale (inferiore) che deriverebbe dal prevalere di una posizione avversa²⁴. Come istanza comune a concezioni comprensive diverse, l'idea dell'eguale rispetto deriva *dalla forma della rivendicazione*, che sottende il riconoscimento dell'interlocutore, destinatario della richiesta di riconoscimento, come soggetto munito di autorità morale²⁵. «*Da un punto di vista ideale, giustificare presso qualcuno una concezione della giustizia significa fornirgli una dimostrazione dei suoi principi a partire da premesse accettate da entrambi*»²⁶.

20 Ignatieff, *Una ragionevole* cit., p. 90.

21 M. Sandel, *Giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 170. Cfr. anche H. Kung, *Ciò che io credo*, Milano, Rizzoli, 2010, p. 92. Ad un livello più filosofico, E. Bencivegna, *La filosofia come strumento di liberazione*, Milano, Raffaello Cortina, 2010, pp. 50 ss.

22 Una sintesi in R. Forst, *Zwei Bilder der Gerechtigkeit*, in AA.VV., *Sozialphilosophie und Kritik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2009, pp. 205 ss.

23 A. E. Galeotti, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 31 ss.

24 Galeotti, *La politica* cit., pp. 35 e *passim*.

25 Ivi, p. 59.

26 Rawls, *Una teoria* cit., p. 542.

L'idea del *rispetto – riconoscimento*, come principio regolativo delle relazioni morali fra gli uomini – ha un significato che eccede quello giuridico, ma è senz'altro rilevante per il diritto. L'autorità del principio dell'eguale rispetto non dipende dalla volontà collettiva, cioè dal principio democratico, ma è logicamente antecedente: ha a che fare con la fondazione e legittimazione dello stesso principio democratico, e con il ruolo che questo possa e debba giocare nella determinazione degli altri principi politici e giuridici²⁷. In questo senso «*la democrazia costituzionale ha un fondamento morale perché fa una scelta netta a favore dell'individuo e della pari dignità*»²⁸.

Rispetto e diritti sono strettamente collegati. Essere titolari di diritti (di diritti eguali) *non* è condizione di per sé *sufficiente* dell'essere pienamente rispettati come persone, ma è «*condizione necessaria a livello sociale e politico per l'eguaglianza del rispetto*»²⁹.

Nell'orizzonte del diritto – cioè della imposizione coattiva di regole – il principio dell'eguale rispetto ha a che fare con il rispetto *fra persone*: con la dignità che ciascuno ha diritto a vedersi riconosciuta da tutti gli altri, e il dovere di riconoscere agli altri. È la dignità di persone in carne e ossa, e non la dignità di valori astratti³⁰. Le norme coercitive del diritto si legittimano come garanzia dell'eguale libertà e dignità di uomini che *nascono liberi e uguali in dignità e diritti* (art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo).

Questo enunciato, commenta Jeanne Hersch, linguisticamente «*non è una prescrizione ma una constatazione*»: una forma ambigua, «*perché esige il riconoscimento di quello che enuncia come una verità di fatto*». L'uguaglianza di tutti gli uomini non è un dato di fatto, ma uguaglianza normativa *in dignità e diritti*: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo «*riconosce la condizione dell'uomo tra il fatto e il dovere, e il compito infinito dei diritti umani, tra il relativo del dato e l'assoluto dell'esigenza, sino alla fraternità inaccessibile*»³¹.

La tensione fra il fattuale e il normativo è costitutiva del mondo del diritto, e attraversa tutti i diritti umani. Citiamo ancora Jeanne Hersch:

27 Larmore, *Dare ragione* cit., p. 129.

28 Urbinati, *Liberi* cit., p. 151.

29 Cfr. i contributi di A. E. Galeotti e S. Darwall in AA.VV., *Egual rispetto*, a cura di I. Carter, A. E. Galeotti, V. Ottonelli, Milano 2008; C. Wellman, *Feinberg's two concepts of Rights*, in *Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press 2005, pp. 214 ss.

30 È la posizione espressa da J. Feinberg, *Harm to Self*, New York, Oxford, 1986, pp. 94 ss.

31 J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, Mondadori, 2008, p. 74.

Se ammettiamo che la natura umana implica la libertà, non come dato naturale, ma come compito, esigenza o vocazione, bisognerà dire che i diritti umani sono diritti naturali perché conformi alla vocazione della natura umana, ma bisognerà anche dire che, dove vige soltanto la legge della forza, essi si oppongono alla natura umana quale ci è data.

In questo senso, l'attuazione dei diritti umani è contro natura, sempre esposta allo scacco³².

Il concetto di dignità umana è un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di diverse visioni dell'uomo e del mondo; presenta il rischio di usi puramente retorici, e di vedere impoverito da un uso inflazionistico il suo significato essenziale³³. Ma proprio un'autorevole voce del mondo penalistico che ha messo in guardia contro tali rischi³⁴ ha ribadito l'importanza e il significato essenziale del principio della dignità umana:

sia il Cristianesimo che la filosofia politica dell'Illuminismo, ognuno su di un fondamento diverso, hanno profondamente fondato e assicurato la dignità umana come pilastro di una società civilizzata e di uno stato di diritto. Ha qui radice una visione del liberalismo per la quale la dignità umana consiste in larga misura nell'autonomia, cioè nella capacità di ogni persona di farsi da sé un'idea della vita buona³⁵.

Il processo di costituzionalizzazione della dignità della persona umana è stato un evento etico- giuridico particolarmente importante.

3. I diritti di fronte al diritto penale

3.1. Quale è il rilievo dei diritti – e dei diritti umani in particolare – per il diritto penale? I problemi del penale sono strettamente legati alle ragioni della costruzione e legittimazione di un ordine giuridico. Il *primo* problema della politica (e del diritto) è il problema *hobbesiano* di assicurare protezione e sicurezza, «*perché risolverlo è la condizione per poter risolvere, anzi per*

³² Ivi, p. 63.

³³ G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2007, pp. 557 ss.

³⁴ W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, «Ars interpretandi», 2005, pp. 125 ss.

³⁵ Ch. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, Ch. Taylor, *Multiculturalismo*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 44.

poter porre, qualsiasi altro problema»³⁶. Per uscire dal *bellum omnium contra omnes*, dalla libertà selvaggia dell'originario "stato di natura", gli uomini accettano di sottomettersi ad un potere sovrano, quello dello Stato, il *grande Leviatano*, Dio mortale a cui viene conferito il monopolio della forza (*covenants, without sword, are but words*) ed il potere di porre ed attuare le leggi che tutti sono tenuti a rispettare³⁷. La paura delle punizioni serve a legare gli uomini *to the performance of the covenants*, all'obbedienza e attuazione dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura.

Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, «è il mezzo specifico della violenza, semplicemente, come tale, messo a disposizione delle associazioni umane, quello che determina la particolarità di ogni problema etico della politica»³⁸. Possiamo aggiungere: che determina i problemi del diritto e in particolare del diritto penale, il settore dell'ordinamento giuridico che più d'ogni altro è caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione.

Nel nucleo originario le regole sono essenzialmente imperative (divieti e comandi): *la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto*³⁹. Per il passaggio dal codice dei doveri al codice dei diritti occorre rovesciare la prospettiva: dal punto di vista della società a quello dell'individuo (degli individui riuniti in società).

All'ordine giuridico, e alla spada del diritto penale, si richiede innanzi tutto la tutela della vita e dell'integrità fisica. Il nucleo essenziale del diritto corrisponde (con varianti storicamente condizionate) al precetto *non uccidere*⁴⁰. Difendere la propria vita è un diritto naturale, anche per l'assolutista Hobbes, e questo diritto è così fondamentale, che un eventuale patto di non difendersi dalla forza con la forza sarebbe nullo⁴¹. Per lo Stato, la tutela della vita dalla violenza è ragione d'esistenza, obbligo primario e condizione di legittimazione.

Nel suo nucleo fondamentale (naturale?) il diritto penale ha a che fare con ragioni che, nella riflessione filosofica attorno ai diritti, sono state collegate all'idea della *priorità del male*, intesa come problema che interpella il diritto

36 B. Williams, *In principio era l'azione*, Milano, Feltrinelli, 2007, p. 6.

37 T. Hobbes, *Leviathan*, 1668; in edizione italiana, Milano, Bompiani, 2004. Citazioni dal cap. XVII, § 1.

38 M. Weber, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966, p. 115.

39 Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. 53-54.

40 Hersch, *I diritti umani* cit., p. 91.

41 T. Hobbes, *Leviatano*, XIV, n. 29.

sotto forma di richieste indeludibili di protezione. Le concezioni del bene - della vita buona - possono essere diverse; in società liberali, legittimamente diverse. Una convergenza possibile - e necessaria perché un ordine qualsivoglia si costituisca - è connessa invece all'idea ed all'esperienza del male, anche a partire da diverse concezioni del bene ⁴². *Il diritto penale, che nel suo nucleo essenziale ed originario si occupa del male, nasce su un terreno che ha a che fare con le condizioni minimali d'una convivenza che intenda mettere al bando pratiche di sopraffazione, di crudeltà, di negazione dell'altro.*

Appunto a condizioni minimali guarda quello che è stato definito il *messaggio essenziale dei diritti umani*: «un trattamento disumano non ha scusanti»⁴³.

Fuori dell'ordine giuridico che brandisce la *spada della giustizia*, la vita che immaginiamo (immaginata dai filosofi che hanno posto le basi della filosofia politica moderna) è uno stato originario di libertà selvaggia e di necessità naturali. La società nasce in questo contesto, da bisogni che possono essere soddisfatti attraverso la cooperazione. Il grande poeta laico dell'antichità ci ha presentato un disincantata visione dell'incivilimento di uomini che vivevano *more ferarum*: «amicitiem coeperunt iungere aventes / finitimi inter se nec laedere ne violari / et pueros commendarunt muliebreque saeculum / vocibus et gestu cum balbe significarent / imbecillorum esse aequum miserier omnis»⁴⁴.

Troviamo qui alcuni degli ingredienti da cui il diritto nasce: bisogni di socievolezza e di rispetto che chiedono un'equa ed efficace tutela che solo il diritto, sorretto dalla forza, appare in grado di assicurare. «*Genus humanum, defessum vi colere aevom / ex inimicitiis languerat; quo magis ipsum / sponte sua cecidit sub leges artaque iura. / Acris ob iram quod enim se quisque parabat / ulcisci quam nunc concessum est legibus aequis, / hanc ob rem est homines pertaesum vi colere aevom. / Inde metus maculat poenarum praemia vitae*»⁴⁵. Il nascere del diritto è visto come diritto penale, limite alla violenza mediante il dispiegarsi della minaccia e di un uso regolato della forza. Non è un orizzonte idillico: il *metus poenarum* macchia le gioie della

42 Cfr. S. Veca, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 15 ss. (in precedenza, il tema era stato svolto da Veca nella postfazione alla traduzione italiana dello scritto di Ignatieff). Cfr. anche G. Zagrebelsky, *Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo*, in AA.VV., *Lezioni su Bobbio*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 81 ss.

43 Ignatieff, *Una ragionevole* cit., p. 21.

44 Lucrezio, *De rerum natura*, V, vv, pp. 1119 ss.

45 Ivi, pp. 1146 ss.

vita. Ma è il prezzo da pagare per uomini che non vogliono *vi colere aevom*, vivere in un mondo di violenza.

3.2. I diritti delle persone (diritti soggettivi nel senso più lato) nascono con le norme giuridiche, come risvolto di doveri normativi. Hanno radice in bisogni e interessi che preesistono al diritto e che chiedono riconoscimento e tutela al diritto. I diritti umani avanzano *pretese* o *necessità* di tutela particolarmente intensa, per le quali il penale si candida come strumento⁴⁶.

I diritti della tradizione liberale hanno fin dall'origine anche una funzione di argine al penale, sotto forma di libertà negative. Funzionano come *Abwehrrechte*, diritti di difesa.

I diritti umani entrano dunque nel problema penale con significati diversi ed in prospettive fra di loro in tensione. Il diritto penale è strutturalmente "arma a doppio taglio", *tutela dei beni giuridici attuata attraverso la lesione di beni giuridici*⁴⁷. Nella conformazione del diritto penale è in gioco, con particolare intensità, il *rapporto fra la sfera dei diritti e libertà individuali e la sfera dei poteri statuali*. Il diritto penale, se da un lato si pone (può porsi) come strumento di tutela dei diritti e delle libertà, dall'altro lato è costituito da limitazioni di libertà e di diritti, sia mediante la previsione di precetti e norme di comportamento, sia mediante la previsione legislativa e la eventuale successiva irrogazione di sanzioni severe.

I principi fondamentali del diritto penale, sia formali (principio di legalità), sia sostanziali (principio di tutela di beni giuridici; principio di colpevolezza), da un punto di vista logico hanno un significato, ad un tempo, di fondazione e di delimitazione dell'intervento penale. Dal punto di vista politico, la dottrina di orientamento liberale pone in primo piano la funzione di delimitazione: il diritto penale, fondato su principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (oltre che strumento) della politica criminale.

Interessa in modo peculiare il diritto penale il possibile conflitto fra diritti fondamentali. Nella discussione sui diritti il problema dei conflitti è ben presente, ed è addotto a sostegno di un approccio non fondazionalista: i diritti elencati nei *bill of rights* appaiono «*solcati da antinomie deontiche che frustrano qualsiasi tentativo di dar loro una fondazione coerente e unitaria*», e che escludono possa riconoscersi fondamento e valore assoluto a diritti antinomici⁴⁸.

46 M. Delmas-Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1992.

47 V. Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 46.

48 Zolo, *Fondamentalismo umanitario* cit., p. 139; Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. 39 ss.

Il teorico del diritto può legittimamente postulare l'esistenza - entro un dato ordinamento positivo - di criteri riconosciuti o riconoscibili di soluzione del conflitto. Ma in una riflessione sul piano della *politica dei diritti* interessa innanzitutto ciò che sta *a monte* dei criteri di soluzione (quale che sia poi la loro portata): il *problema* (il *conflitto*) cui il diritto è chiamato a rispondere, le ragioni delle soluzioni teoricamente prospettabili e della scelta finale. Anche i conflitti risolti e risolubili fanno parte del campo dei problemi, e in un discorso sui diritti fondamentali interessa a quale livello la soluzione sia da cercare: se nell'ambito della negoziazione politica o della discrezionalità giudiziale, o a livello di principi sovraordinati (poniamo, in ragione di gerarchie di valori più o meno rigide e vincolanti).

3.3. Di fronte al problema penale, *qualsiasi* diritto o interesse può teoricamente candidarsi come oggetto di tutela mediante la coercizione legale, e/o come limite alla coercizione legale. Come si inserisce, in questo contesto, il discorso dei diritti *umani* o dei diritti *fondamentali*?

Un costituzionalista⁴⁹ che ha additato come fattori di crisi del concetto di diritti fondamentali l'*esaltazione declamatoria*, per lo più solo *ottativa*, e l'*estensione indebita* che rischia di svuotare di senso tale categoria concettuale, ammonisce a non confondere situazioni soggettive diverse: a) appena *tolerate* dall'ordinamento (per es. uso personale di droga); b) *appena tutelate* (*interessi* legittimi); c) solo eventualmente tutelate (*meri diritti*); d) necessariamente e sempre tutelate (*diritti fondamentali*). Al di là dei rilievi che sia dato rivolgere verso questo schema, appare ovvio il distinguere fra posizioni soggettive di diversa consistenza. I diritti fondamentali sono la categoria più consistente, più tutelata; non certo l'unica posizione soggettiva d'interesse che sia giuridicamente rilevante.

Sia ragioni che limiti all'intervento penale possono essere ragionevolmente ravvisati anche in qualcosa che non è un diritto fondamentale, anzi nemmeno un diritto, ma qualcosa di *oscuro*, di valutato negativamente. Torna buono l'esempio dell'uso personale di droga. Alla posizione del potenziale consumatore si riferisce l'interesse tutelato (la salute, che si vuol tutelare ostacolando il contatto con la droga); d'altro lato, il consumo di droga non è un diritto, ma qualcosa da prevenire, in una posizione (per così dire) al confine fra l'appena tollerato ed il riprovato.

49 A. Spadaro, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, «Ars interpretandi», 2002 (fascicolo intitolato a *Ragionevolezza e interpretazione*), p. 336.

Le ragioni specifiche e i rischi specifici del penale, arma a doppio taglio, suggeriscono di utilizzare tale strumento entro limiti particolarmente ristretti. Più rigorosi dello stesso principio di tolleranza liberale: la sfera del *non penalmente illecito* comprende molte cose che, nella valutazione dell'ordinamento giuridico complessivo, non sono lecite, o comunque non valutate positivamente. L'idea del penale come *extrema ratio* di tutela – che troviamo chiaramente espressa già da Beccaria – pone i confini del penale lungo una linea che non è il confine generale fra il lecito e l'illecito, ma taglia fuori, accanto all'area del positivamente lecito, anche aree di “appena tollerato” senza essere positivamente un diritto, e persino fatti eticamente e/o giuridicamente riprovati.

Introdurre il tema dei diritti umani – quali diritti particolarmente importanti (anzi *fondamentali*) – significa avanzare pretese di tutela più forti, nell'uno e nell'altro senso che può interessare il problema penale: diritti umani come oggetto privilegiato di tutela *tramite* lo strumento penale, e come oggetto di tutela *dal* penale. Definire diritto fondamentale una richiesta «*significa definirla non negoziabile, almeno nel linguaggio comune*»⁵⁰; quanto meno, dovremmo forse precisare, non negoziabile in un determinato contesto. E ciò comporta una serie di problemi, bene evidenziati dai sostenitori di una concezione *minimalista* dei diritti umani.

La *grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica*, quando sono invece *una forma di politica*, può essere d'ostacolo alla ricerca di soluzioni condivise, fra interlocutori aperti all'ascolto delle ragioni degli altri. «*L'inflazione dei diritti – la tendenza a definire come un diritto tutto ciò che può essere desiderabile – finisce per erodere la legittimità di un nucleo difendibile di diritti*». D'altro canto, «*la politica non è fatta solo di dibattiti. Il linguaggio dei diritti umani serve anche a ricordarci che ci sono abusi decisamente intollerabili e giustificazioni di questi abusi che sono inaccettabili*»⁵¹. La non negoziabilità di certi diritti è la non negoziabilità del non tollerabile⁵². Vi sono diritti (definiamoli *diritti umani*) che per il diritto penale rappresentano, da un lato, limiti invalicabili all'intervento, e, dall'altro lato, necessità ineludibili d'intervento. Nella *società dei diritti*, il diritto penale è l'ultimo piano di un edificio normativo della cui base i diritti sono parte es-

50 Ignatieff, *Una ragionevole* cit., p. 25.

51 Citazioni da Ignatieff, *Una ragionevole* cit., pp. 26, 92, 27.

52 E. Garzon Valdés, *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, il Mulino, 2003.

senziale, e condizionano il diritto penale vuoi nella tipizzazione degli illeciti, vuoi sotto forma di cause di giustificazione⁵³.

Nell'ambito dei problemi di legittimità e opportunità di soluzioni penali, la rilevanza specifica dei diritti *umani* sta nel peso ad essi attribuito: da un lato l'esigenza di tutela penale, che l'ideologia liberale corrente incorpora nel principio (o meglio, idea regolativa) della *stretta necessità*, può irridirsi in necessità *obbligante*; dall'altro lato, il limite all'intervento penale, rappresentato dal diritto umano, pretende di valere come *invalidabile*.

4. Diritti e sicurezza

Parola chiave nei discorsi sulla funzione dell'ordinamento giuridico, e del penale in particolare, è "sicurezza". *The end of commonwealth, particular security*, intitola il primo paragrafo del capitolo XVII del Leviatano, che apre la parte dedicata allo Stato. Con il contratto sociale (quali che ne siano le configurazioni: patto di soggezione a un sovrano assoluto, o patto di cittadinanza fra uguali) l'individuo cede i diritti naturali della originaria libertà selvaggia, in cambio di sicurezza sotto la protezione legale.

Nei problemi di collisione e bilanciamento di diritti fondamentali⁵⁴ viene in rilievo il carattere ambivalente del classico bene collettivo (io direi: del concetto) di sicurezza: esso riflette l'*ambivalenza costitutiva* della protezione di diritti o beni giuridici che il diritto affida a strumenti (come quelli penali) incidenti anch'essi su diritti e beni giuridici⁵⁵.

Se l'idea di sicurezza definisce un *fine essenziale* dell'ordinamento giuridico, è giustificato parlare di *diritto alla sicurezza*? o addirittura di sicurezza come diritto fondamentale⁵⁶?

53 AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, Bononia University Press, 2010.

54 Definiti problemi fondamentali della *Grundrechtsdogmatik* da R. Alexy, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, Giappichelli, pp. 9 ss.

55 Sia consentito rinviare a D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2009, p. 547 ss. (relazione presentata al Convegno "Sicurezza e diritto penale" organizzato dalla Associazione Franco Bricola, Modena 21 marzo 2009. Le relazioni di M. Donini, W. Naucke, C. Prittowitz, W. Hassemer, K. Luderssen sono pubblicate in *Juristische Zeitgeschichte, Jahrbuch 2008-2009*, pp. 298 ss.).

56 J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlino, New York, De Gruyter, 1983.

Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona: così l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il diritto alla sicurezza, che qui si profila, è collegato al *diritto alla vita* e alla *libertà*: sicurezza della vita e integrità fisica, sicurezza delle libertà.

L'art. 41 Cost., nel garantire la libertà di iniziativa economica (art. 41), prevede che questa «*non può svolgersi [...] in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». La sicurezza è qui accostata a diritti fondamentali (quali la libertà e dignità umana), come oggetto di una tutela giuridica che limita l'esercizio di altri diritti.

L'idea di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia è l'idea guida dell'approccio ai problemi del penale nella tormentata costruzione europea. Nel lessico dei diritti la sicurezza sembra essersi (bene o male) saldamente insediata.

Libertà e sicurezza – è stato osservato nelle discussioni sull'approccio europeo⁵⁷ – evocano problemi di natura diversa. La libertà *come diritto*, costituita e garantita dai principi dello Stato di diritto, segna limiti (anche limiti invalicabili) alla potestà coercitiva dello Stato, ed al diritto penale in particolare. Le domande di sicurezza hobbesiana di fronte a rischi provenienti dal mondo reale (anche, non soltanto da aggressioni illecite) si rivolgono alla potestà dello Stato e chiedono di interventi attivi di prevenzione e protezione (anche, non soltanto, con gli strumenti del penale).

Il lessico e le idee usuali del mondo penalistico si traducono in un'idea di sicurezza quale sicurezza dei beni giuridici meritevoli e bisognosi di tutela penale, da perseguire (anche) mediante le consuete tecniche della posizione di precetti e sanzioni, e del *law enforcement* attraverso il processo penale e l'esecuzione delle sanzioni. Questa linea si dispiega fino in fondo nell'ottica securitaria che spinge verso soglie assai anticipate d'utilizzazione di strumenti coercitivi (*in primis* penali).

Il modello di sicurezza, che può candidarsi come oggetto di un *diritto alla sicurezza*, comprende sia il profilo securitario, hobbesiano, che il profilo liberale della *sicurezza dei diritti* (del concreto esercizio dei diritti e delle libertà giuridiche) anche di fronte ai poteri istituzionali.

Pur assicurata in modo non impeccabile, la sicurezza dei diritti e del loro esercizio concorre a caratterizzare in modo determinante il livello di sicurezza (in tutte le direzioni!) del nostro mondo liberaldemocratico, maggiore rispetto

57 W. Hassemer, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, in ZStW, 2004, p. 304; Th: Weigend, *Der Entwurf einer europäischen Verfassung und das Strafrecht*, in ZStW, 2004, pp. 275 ss.

a qualsiasi altro, compreso quello di regimi polizieschi efficaci sul fronte securitario, ma che negano di diritto e/o di fatto la sicurezza dei diritti e delle libertà di fronte allo Stato. Abbiamo vissuto e viviamo in un mondo che è più vivibile di altri anche perché la sicurezza per così dire hobbesiana ci è stata passabilmente garantita (e comunque meglio che altrove) in ordinamenti giuridici passabilmente liberali, che riconoscono uguali diritti e li proteggono con un diritto penale retto da principi garantisti di delimitazione dell'intervento statale.

Certo, le democrazie liberali realmente esistenti non sono affatto il paradiso in terra. Sono il meno peggio, anche sotto il profilo della sicurezza, quanto meno perché, a differenza di altri tipi di ordinamento, danno garanzia formale ai diritti, alle libertà e alla dignità delle persone, e rendono possibile la lotta per il diritto (per i diritti). La moderata apologia di democrazie liberali imperfette (e sempre a rischio di involuzioni) è qui presentata come sfondo del recupero di un modello concettuale che inquadri la sicurezza come *problema a tutto campo*, con una completezza che è estranea alla corrente ottica securitaria⁵⁸. Per qualsiasi soggetto che faccia parte di una società regolata da norme, libertà e sicurezza stanno in un rapporto complesso, di strutturale tensione: possono rafforzarsi reciprocamente, pongono problemi di diversa natura le cui soluzioni incidono sugli equilibri fra i due poli. Non solo nella banale ma politicamente pesante contrapposizione fra pretese di soggetti diversi (richieste di propria sicurezza a scapito di libertà e diritti di altri) ma anche in negoziazioni non indolori fra sicurezza hobbesiana di tutti ed i diritti di tutti.

5. I principi del penale di fronte ai diritti

5.1. Fra i principi cardine del diritto penale, quello che filtra la rilevanza penalistica dei diritti, e dei diritti umani in particolare, è il *principio di offensività*, o di tutela di beni giuridici.

Nell'ottica liberale il bene giuridico è per la potestà punitiva statale un criterio di *legittimazione negativa*: pone un *problema di tutela* per la cui soluzione il legislatore è *legittimato* a scegliere strumenti penali. Il *principio di tutela di beni giuridici*, astrattamente considerato, indica il *fondamento* del diritto di proibire e punire, e segna l'ambito della *massima espansione possibile* del diritto penale in uno stato liberale di diritto.

⁵⁸ Il citato studio di J. Isensee intitola un paragrafo (pp. 31 ss.) al *dogmatische Deficit der Staatsabwehrdoktrin*. Ma il difetto d'unilateralità va rilevato e criticato anzitutto nel modello di sicurezza securitaria, che ignora il versante della sicurezza liberale.

Prendere sul serio l'idea (liberale) del *diritto penale minimo* significa ridurre *al minimo* proprio la tutela *penale* di beni giuridici di rilievo costituzionale, dando la priorità, fin dove possibile e necessario, a strumenti meno invasivi. Vengono a tal fine in rilievo tutti i principi garantisti del diritto penale: l'idea del penale come *ultima ratio* di tutela, principi relativi alle soglie (ai limiti) d'intervento, alla colpevolezza quale presupposto indefettibile della responsabilità; e vengono in rilievo diritti, libertà e interessi che, se da un lato costituiscono oggetti di tutela anche (eventualmente) penale, pongono limiti – talora invalicabili – a restrizioni di libertà. Gli assetti ed equilibri del sistema penale riflettono sempre, in maggiore o minor misura, bilanciamenti fra interessi in tensione fra loro.

Quando in Italia, sul finire degli anni '70, sono state introdotte riforme legislative di materie importanti, orientate verso modelli di disciplina non più integralmente né principalmente penalistici, in nome della tutela di beni giuridici costituzionali sono state prospettate questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*, volte cioè ad estendere l'area dell'illecito penale. Le censure si sono appuntate su asseriti *vuoti di tutela* aperti dal ritrarsi dell'intervento penale: dalla rilevanza e importanza costituzionale di dati beni (la salute e l'ambiente, la vita del feto) è stato argomentato un obbligo di principio di tutela penale di quei beni, o quanto meno l'illegittimità del sopprimere una tutela penale già esistente.

La Corte costituzionale italiana, con giurisprudenza costante, ritiene inammissibili le questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato. Il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25 Cost.) comporta l'impossibilità per la Corte di «pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale»⁵⁹. «Solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali»⁶⁰.

Nella presentazione del convegno maceratese è stata espressa la preoccupazione che *obblighi rigidi di penalizzazione*, sia pure per sanzionare violazioni di diritti umani, celerebbero il *non trascurabile effetto collaterale di mettere da parte il valore relativo e non assoluto della pena*. Ho dedicato a

59 Corte cost. n. 108 del 1981.

60 Così Corte cost. n. 447 del 1998, sulla riforma del 1997 dell'abuso d'ufficio, dove si ritrova una più ampia motivazione di un indirizzo consolidato e stabile. In epoca più recente cfr. *ex multis* Corte cost. n. 161 del 2005 (sulla riforma del reato di false comunicazioni sociali).

questi temi un ormai lontano studio dal titolo interrogativo: ci sono *obblighi costituzionali di tutela penale*⁶¹? Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana è leggibile, per così dire *in trasparenza*, una risposta negativa: il principio di legalità, *forma* istituzionale del diritto penale, affidando al legislatore le scelte di penalizzazione mantiene il problema della coercizione legale come *problema aperto politicamente e razionalmente*. Dietro la soluzione processuale dell'inammissibilità affiora una ragione *di merito*: il principio di legalità afferma la prevalenza del momento politico-legislativo rispetto alla predeterminazione costituzionale di valori e di beni tutelabili (fermi restando i limiti garantisti che dal sistema sia dato desumere). Le soluzioni penalistiche hanno un valore relativo, sempre rivedibile: non sono soluzioni obbligate. Anche *un mondo di uguaglianza morale è un mondo di conflitto, deliberazione, argomentazione e contesa*⁶².

Ciò non esclude che obblighi di penalizzazione possano essere e siano previsti in testi costituzionali. Nella Costituzione italiana «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (art. 13, 4° comma): questa disposizione coglie un bisogno particolare di tutela di individui non liberi, e bene esemplifica la valenza dei diritti umani quali *ragioni fondanti* del ricorso a strumenti penali.

Principi costituzionali (o di contenuto analogo, tipo CEDU) hanno a che fare con valori di fondo, cioè fondanti per l'ordinamento giuridico complessivo. Eventuali obblighi di penalizzazione posti da fonti non costituzionali, ma obbliganti per il legislatore nazionale – poniamo: da normative *derivate* del diritto europeo – vengono in rilievo su un piano diverso, per così dire *non fondamentale*. Là dove siano posti obblighi per i legislatori degli Stati membri, ritenuti funzionali al processo di unificazione europea, *il nodo problematico attiene al rapporto fra fonti diverse*, sul piano delle concrete politiche legislative penali. Il problema concerne, da un lato, la potestà di chi pone l'obbligo (quale competenza formale abbia, se abbia sufficiente legittimazione democratica, se le sue scelte siano ragionevoli); dall'altro lato, la potestà del legislatore nazionale, destinatario dell'obbligo (di obblighi posti a livello europeo in vista di obiettivi eminentemente politici dell'Unione)⁶³. Quanto

61 D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, pp. 484 ss.

62 Ignatieff, *Una ragionevole* cit., p. 96.

63 C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, Edizioni ETS, 2009, p. 293.

ai problemi posti da eventuali inadempimenti di obblighi di penalizzazione, la loro rilevanza attiene al processo di costruzione europea. In una riflessione su diritto penale e diritti umani, è un profilo che può essere lasciato fra parentesi. La costruzione europea, per quanto importantissima sul piano politico, rispetto alla garanzia dei diritti umani *non* è una questione di principio.

5.2. Se portiamo il discorso dal piano costituzionale a quello di politica del diritto, la questione degli obblighi acquista un colore diverso, venendo per così dire a scolorarsi. Decisive sono le ragioni del vietare o non vietare, se e come punire. Dobbiamo ragionare su *necessità*, più o meno stringenti, che possano legittimare eventuali soluzioni penalistiche. E qui il discorso dei diritti umani può e deve dispiegarsi in tutte le direzioni: sia come giustificazione positiva che come argine all'espansione del penale.

Esigenze di sicurezza possono essere non irragionevolmente poste a base di richieste di tutela anticipata. Nel linguaggio penalistico dei beni giuridici, l'idea di sicurezza si presta a definire *un interesse strumentale, un bisogno (o una pretesa) di tutela anticipata di interessi finali*: la pretesa di interventi del diritto penale che non attendano la lesione dei beni tutelati, ma anticipino la soglia dell'incriminazione e della punizione nell'ottica della prevenzione di pericoli. L'interesse finale, che chiede sicurezza, può teoricamente essere un bene giuridico qualsiasi. Sicurezza della vita, dell'integrità fisica, della libertà in tutti i suoi aspetti, del patrimonio, di interessi istituzionali. Sotto questo aspetto, l'idea della sicurezza tende ad espandersi pericolosamente come bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro.

L'esigenza di prevenire è tanto più forte quanto più gravi siano i rischi da tenere sotto controllo. Il nostro è un mondo che produce rischi, e talora li vede realizzati in eventi catastrofici. Il secolo XXI è iniziato l'11 settembre 2001, sotto il segno del terrore globale. Il teorico della società del rischio ha osservato, in una rivisitazione del rischio nell'età globale, che «*non è essenziale che noi viviamo o meno in un mondo "oggettivamente" più sicuro di tutti i mondi precedenti – l'anticipazione inscenata delle distruzioni e delle catastrofi obbliga ad agire preventivamente*»⁶⁴.

La critica del *trend* securitario e dei suoi rischi politici⁶⁵ non può essere impostata come critica all'idea di sicurezza. Il lessico securitario può presentarsi come *traduzione retoricamente efficace della portata espansiva del princi-*

64 U. Beck, *Conditio humana*, Bari-Roma, Laterza, 2008, p. 21.

65 J. Simon, *Il governo della paura*, Milano, Cortina, 2008.

pio di tutela di beni giuridici, e legittimarsi come richiesta di una espansione non illegittima dell'intervento, anche penale, fino al limite estremo consentito dai principi dello Stato di diritto. Il *trend* securitario si caratterizza per un'estrema dilatazione del campo d'intervento e per una maggiore severità.

Fra i fattori di rischio, di fronte ai quali si pongono esigenze di sicurezza dei diritti, ci sono anche il diritto e le istituzioni penali.

Non si tratta solo (e già non sarebbe poco) di generiche limitazioni di libertà dell'agire, derivanti da norme imperative. L'*enforcement* penalistico consiste in attività che, pur legittime e doverose, incidono sulla libertà personale o su altri diritti individuali; attività penalmente tipiche, rispetto a cui *la giustizia penale è causa di giustificazione*.

Se la sicurezza dei diritti chiede protezione al taglio buono del diritto penale, ha anche bisogno di protezione dal taglio pericoloso del penale e dei poteri di coercizione. Se per sicurezza si intende un'esigenza di tutela da pericoli, anticipata rispetto alla concreta lesione dell'interesse che esige sicurezza, allora l'esigenza di un fronte avanzato di tutela (di sicurezza giuridica) si pone anche per l'esercizio dei diritti, nei confronti dei rischi immanenti a qualsiasi strumento di coercizione.

Ogni strumento di sicurezza securitaria comporta un prezzo in termini di restrizione di spazi di libertà e sicurezza giuridica. A livello legislativo si aprono problemi di bilanciamento fra sicurezza securitaria e sicurezza liberale, il cui esito non è predeterminato da gerarchie rigide d'interessi: rispetto a problemi di pesatura di interessi o diritti diversi, il modello di una Costituzione aperta è fatto di alcuni vincoli garantisti inderogabili e di ampi spazi per valutazioni e scelte politiche (di politica del diritto) affidate al legislatore nelle forme del principio di legalità.

5.3. Per la tutela dei diritti umani – vuoi tramite l'autorità, vuoi nei confronti dell'autorità – il diritto penale è nel suo insieme un'istituzione chiave. Il buon vecchio diritto penale liberale ha l'ambizione di costituire uno strumento di tutela dei diritti umani, in tutte le direzioni in cui una tutela sia giustificata.

La moderna teoria generale del reato, nella sua struttura di fondo, può essere considerata una teoria morale, relativa alle condizioni di una possibile responsabilità di uomini per il proprio agire (o non agire) e per le conseguenze che ne siano derivate. La sua pretesa di razionalità si lega alla capacità di fornire schemi concettuali e principi idonei per l'inquadramento e la valutazione di fatti dell'uomo, e per l'attribuzione di un tipo di responsabilità

particolarmente marcato, caratterizzato da un forte stigma e sanzioni severe, e perciò legato a presupposti oggettivi e soggettivi particolarmente stringenti. Da ciò la portata generale della teoria, indipendente da specifici, mutevoli contenuti di ordinamenti positivi, e la sua pretesa (o capacità?) di porsi come criterio per una ordinata applicazione della legge, espressione di un ordine razionale e moralmente accettabile nella ricognizione e soluzione di problemi di attribuzione di responsabilità.

Ha a che fare con la garanzia dei diritti (oltre che con la democrazia politica) il principio penalistico di legalità: garanzia liberale di fronte all'arbitrio di detentori di potere, ma anche promessa di tutela con lo strumento della forza legale. Nella legge *ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon gastigo*⁶⁶. Nel mio manuale ho scelto di introdurre il tema della legalità con questa citazione contro corrente (rispetto alla consueta enfaticizzazione del profilo di garanzia liberale) per sottolineare come anche l'aspetto precettivo e repressivo della legge penale abbia senso (dovrebbe avere senso) di garanzia dei diritti, soprattutto dei più deboli.

Il modello teorico ci dice che nel sistema di legalità dovrebbero trovare composizione le diverse funzioni del diritto penale. La legge penale è, in quanto posizione di precetti e sanzioni, *indicazione di compiti di tutela* cui il sistema penale si vuole servente; nello stesso tempo, segna il *limite invalicabile della politica criminale*, a garanzia delle libertà individuali.

Ha parimenti a che fare con i diritti inviolabili della persona il principio cardine della responsabilità penale, usualmente definito come *principio di colpevolezza*. La responsabilità penale non può essere affermata se non per un fatto proprio, colpevolmente commesso: questo principio ha una funzione di garanzia *ex ante* della libertà e certezza d'azione, ponendosi come complemento del principio di legalità; *ex post* funziona come esonero da responsabilità di chi abbia obiettivamente (ma non colpevolmente) commesso un illecito, anche molto grave. La "costituzionalizzazione" del principio di colpevolezza è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza sull'errore sull'illiceità (n. 364/88), e la sentenza n. 322 del 2007 è arrivata ad affermare che tale principio prevale incondizionatamente rispetto a qualsiasi esigenza di politica criminale: «*Il principio di colpevolezza non può essere «sacrificato» dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela pe-*

66 A. Manzoni, *I promessi sposi*, Cap. XIV. La frase citata è messa in bocca a Renzo, vittima d'ingiustizia, oratore improvvisato nel corso dei tumulti.

nale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si connotano come tali, in quanto resistono ad ogni sollecitazione di segno inverso».

Con formula retorica, potremmo dire che *il principio di colpevolezza è riconosciuto come non negoziabile, a protezione del non colpevole*, ancorchè obiettivamente autore di un fatto illecito.

Ha pure a che fare con la tutela penale dei diritti umani il *principio d'eguaglianza*: un principio di struttura dell'ordinamento, non strettamente penalistico, ma costitutivo dei significati di giustizia che il diritto penale possa esprimere. Non solo eguaglianza di fronte alla legge, cioè nella applicazione imparziale della legge, come ricorda la scritta nelle aule di giustizia. Ma eguaglianza, innanzi tutto, *nella legge*: nella eguale sottoposizione a norme generali, senza discriminazioni arbitrarie per categorie soggettive (il nucleo forte del principio) e senza differenziazioni irragionevoli.

Ovviamente, il livello di razionalità raggiunto dalla teoria generale del reato non è sufficiente ad assicurare la bontà (la ragionevolezza, la giustizia) degli ordinamenti penali realmente esistenti. Tanti problemi restano aperti, sia a livello di discipline generali, sia nella parte speciale, nella quale prende forma il volto più direttamente (e contingentemente) politico degli ordinamenti penali. Ancora più problematica è la sfera delle risposte al reato. Le idee regolative che stanno alla base delle teorie sulla pena (giusta retribuzione, razionalità preventiva) sono ben lungi dall'offrire soluzioni univoche, e di fatto vengono invocate a fondamento di scelte normative e di pratiche punitive le più diverse, tramite il riferimento a diverse concezioni di giustizia, a valutazioni diverse sulla gravità dei reati (sia in astratto, per tipi di reato, sia in concreto, relativamente a fatti specifici) e a valutazioni diverse sulla congruità delle pene, vuoi quanto a giustizia, vuoi (nell'ottica della prevenzione) quanto a prognosi d'efficacia.

Un *deficit* di razionalità è in qualche misura insito nello strumento penale, *arma a doppio taglio* cui sono connaturati costi sensibili in termini di incidenza sui diritti delle persone. Il diritto punitivo intende (o pretende) combattere violenza, paura e sofferenza; ma queste sono anche le sue caratteristiche intrinseche. Il diritto penale funziona (o pretende di funzionare) incutendo la paura delle pene minacciate, poggia sull'uso della forza, produce sofferenze come risposta alle sofferenze prodotte dai delitti. Gli stessi procedimenti volti ad accertare reati e responsabilità comportano costi e sofferenze, anche coinvolgendo persone innocenti.

L'uso della spada della giustizia, per quanto legato a presupposti ed a modi scrupolosamente pesati sulla bilancia della giustizia, per sua natura eccede la dimensione del giudizio razionale, incarnandosi in modelli punitivi che comportano un qualche carico di sofferenze minacciate e inflitte, su cui è sempre proponibile il problema se siano o non siano soluzioni giuste e ragionevoli. Nell'uso della spada – quale che ne sia il fine – è sempre in agguato il rischio di un uso sbagliato, o eccessivo, o addirittura distruttivo dei più fondamentali valori umani. Il penale, immagine della giustizia per eccellenza, è sempre a rischio di trasformarsi in *abuso*⁶⁷. *Chiaro ed oscuro*, per restare nella metafora, sono *strutturalmente intrecciati nel doppio taglio dello strumento più autoritario del quale lo Stato di diritto dispone*.

6. Diritto alla vita e diritti della persona

6.1. Toccano il cuore del diritto penale i problemi del rapporto (di contemperamento e/o di conflitto) fra la tutela penale della vita e dell'integrità fisica, e l'autonomia della persona.

Nei sistemi penali è chiaramente incorporata la priorità dei bisogni di tutela della vita, necessario presupposto e supporto di tutti i diritti, «*a cominciare dai diritti di libertà, perché per potere essere liberi occorre essere innanzi tutto vivi*»⁶⁸. La vita è diritto inviolabile per eccellenza: il divieto di uccidere ha portata generale, e ha come destinatari, allo stesso modo, i soggetti privati e i pubblici poteri. La tutela penale dell'integrità fisica (delitto di lesioni personali) ha lo stesso modello di disciplina. Le incriminazioni e le pene previste per i delitti contro la vita e l'integrità fisica rispecchiano un bisogno di tutela che chiede strumenti particolarmente forti: dilatazione delle fattispecie chiave (omicidio e lesioni personali) fino alla massima estensione compatibile con i principi del sistema (responsabilità non solo per delitto commissivo doloso, ma anche per omissione e per colpa); anticipazione dell'intervento penale sulla base di una ampia rete di discipline speciali “di sicurezza”; severità pu-

67 «*Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto*»: C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, §. 2.

68 F. Mantovani, *Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2008.

nitiva. La messa al bando della pena di morte – che nell’ordinamento italiano è espressamente sancita a livello costituzionale (art. 27 Cost.) – sottende il diritto alla vita anche per gli autori dei delitti più gravi.

Diritti umani fondamentali sono non solo la vita e l’integrità fisica, ma anche altri diritti della persona: pari dignità, libertà personale, sfere di inviolabilità (del domicilio, della corrispondenza, della riservatezza). Tutti questi diritti costituiscono un patrimonio comune della tradizione giuridica del nostro mondo (della civiltà occidentale); la loro tutela fa parte del nucleo duro del diritto penale liberale (nel codice italiano dà corpo al titolo dei *delitti contro la persona*).

L’essere la vita il presupposto logico e ontologico di tutti gli altri diritti, significa prevalenza incondizionata del diritto alla vita in rapporto a tutti gli altri diritti? Su questo punto la discussione è aperta.

In una acuta riflessione sui diritti umani da un punto di vista filosofico, Jeanne Hersch ha scritto⁶⁹ che il diritto alla vita «*non è esattamente un diritto umano*». Questa affermazione *paradossale* intende evidenziare un profilo specifico di quel diritto: esso «*salvaguarda la vita come dato biologico, non la possibile libertà responsabile. Da solo non implica né rispetto né dignità. Si situa sul limite, là dove la natura (la vita) attende da altrove il suo senso umano*». Per la libertà responsabile – per i valori e significati del vivere - la *vita come dato biologico* è sì un presupposto necessario, *condizione di tutto il resto*, ma, appunto, è qualcosa che cerca *altrove il suo senso umano*. Non è il *valore supremo o assoluto*: «*l’assoluto in cui si radicano i diritti umani può sempre mettere la vita in questione, e, lungi dal salvarla a ogni costo, indurre a preferire la perdita della vita alla mutilazione della libertà*».

I diritti umani implicano la possibilità di mettere in gioco la vita biologica, alla ricerca del suo senso; metterla in gioco (ed eventualmente a rischio) nell’esercizio della propria libertà responsabile. Un apprezzamento positivo, nella nostra tradizione etica, viene dato per chi mette in gioco e sacrifica la propria vita e integrità fisica perché *libertà va cercando*⁷⁰, o per aiutare altri, o nel servizio reso alla propria comunità, o per fedeltà a un proprio ideale fino al martirio (il *volere intero* che *tenne Lorenzo in su la grada*)⁷¹. Si pongono inoltre, in situazioni conflittuali, esigenze di contemperamento fra diritti di persone diverse, e fra diritti delle persone e diritti o interessi della collettività.

69 Hersch, *I diritti umani*, cit., pp. 90 ss.

70 Dante, *Purgatorio*, I, v. 71.

71 Dante, *Paradiso*, IV, v. 82 – 83.

Anche sulla condivisa premessa dell'inviolabilità del diritto alla vita e all'integrità fisica, i problemi di rapporto e temperamento fra diritti diversi della stessa persona, o di persone diverse, sono teoricamente aperti a più soluzioni, storicamente condizionate, *variabili* anche per il diritto penale.

6.2. La vita è un diritto disponibile o indisponibile? Nella discussione bioetica – nella quale tutti gli approcci hanno uguale legittimazione ad esprimersi e a presentare le loro ragioni – questa alternativa viene spesso presentata come discriminazione fra l'approccio laico (del quale la disponibilità della vita sarebbe idea guida) ed approcci legati all'idea della sacralità della vita. Il biodiritto deve fare laicamente i conti con le ragioni che possano giustificare discipline aventi pretesa di cogenza, supportate dalla potestà coercitiva.

Sono note le indicazioni espresse dell'ordinamento italiano. Al livello costituzionale viene in rilievo l'art. 32 Cost., che, nell'affermare il diritto alla salute, statuisce che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (art. 32 Cost.). Nella disciplina penale del codice Rocco (art. 579 e 580) il bene della vita si staglia come *indisponibile*, se definiamo disponibilità e indisponibilità nei termini della rilevanza del consenso scriminante.

L'indisponibilità *manu aliena*, anche quando vi sia il consenso dell'interessato, può ragionevolmente essere giustificata secondo il normale approccio ai problemi di legittimazione di divieti penali, che guarda alla posizione del *destinatario del precetto* di fronte agli interessi in gioco. Uccidere un altro non è un fatto cui taluno possa avere diritto (prescindiamo da situazioni eccezionali di necessità difensiva). Per il destinatario della richiesta di essere ucciso, tale richiesta cambia forse qualcosa, dal punto di vista di una morale critica rilevante per il diritto? La tabuizzazione dell'omicidio (cui concorre il divieto di uccidere anche chi vi consenta, o addirittura lo chieda) protegge lo spazio morale delle relazioni fra persone, escludendo che l'uccisione dell'altro possa essere proposta come possibilità da prendere in considerazione. In questo senso protegge anche, paradossalmente, i destinatari del divieto: in condizioni normali, nessuno è tenuto a farsi carico di richieste di morte, e nessuno ha il diritto di scaricare su altri un tale problema morale.

Il *divieto di principio* dell'uccisione del consenziente e dell'aiuto al suicidio può pertanto ben giustificarsi con ragioni coerenti con l'idea dell'eguale rispetto e del reciproco riconoscimento di diritti e doveri. È una scelta che prevedibilmente continuerebbe ad essere fatta o accettata da persone ragio-

nevoli, anche fortemente legate all'*ethos* liberale, nel quadro delle regole costitutive della convivenza⁷².

Vi sono condizioni in cui, eccezionalmente, sia giustificata e opportuna una deroga? È appunto la rigidità del divieto che viene messa in discussione, da chi propone aperture in tema di eutanasia e suicidio assistito. Forti ragioni sono addotte sia pro che contro. Questi problemi non mi sembrano univocamente risolvibili in base al principio dell'eguale rispetto; una chiave d'approccio che potrebbe (forse) portare a soluzioni largamente condivise è quella di una ragionevole ricostruzione dei doveri di cura in situazioni particolari.

7. Divieti e comandi

7.1. Implicazioni sostanziali, sul piano della legittimazione di precetti penali, ha la distinzione, apparentemente di ordine tecnico, fra divieti e comandi d'agire. Nel quadro della tutela penale della vita e dell'integrità fisica, entrambe queste tecniche sono utilizzate. Accanto ai classici *divieti* (non uccidere) hanno ampio spazio *comandi d'agire*: doveri di sicurezza, cura, soccorso, il cui inadempimento può costituire il presupposto di una responsabilità per omesso impedimento dell'evento lesivo (reato commissivo mediante omissione).

Azione ed omissione sono categorie di grande rilievo nella discussione bioetica. Emblematica la discussione sull'eutanasia, che si è sviluppata attorno alle figure della eutanasia attiva (*mercy killing*, uccisione pietosa) e passiva (*letting die*, lasciar morire). Questa distinzione e la sua rilevanza sono esse stesse oggetto di discussione, sia da parte di fautori dell'eutanasia attiva, sia da parte di avversari di qualsiasi pratica che si presti ad essere definita come eutanasia. Anche fra i penalisti ricorre l'affermazione che la differenza naturalistica fra azione e omissione non è (o non è necessariamente) una differenza assiologica, e non può essere assunta a criterio discriminante fra liceità e illiceità penale⁷³.

Se, prima di guardare alle soluzioni, guardiamo ai problemi e ai criteri

⁷² Sia consentito rinviare a Pulitanò, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 489 ss.

⁷³ S. Canestrari, F. Faenza, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, «Criminalia», 2008, pp. 84 ss.; O. Di Giovanni, *Un diritto penale empatico?*, Torino, Giappichelli, 2009.

normativi, la distinzione naturalistica fra azione e omissione, che nell'ottica del diritto si rispecchia nella distinzione normativa fra divieti e comandi, porta in evidenza differenze fra l'agire e l'omettere che hanno un sicuro *rilievo assiologico*. Divieti e comandi, azione ed omissione pongono problemi diversi, ancorché intrecciati. In una riflessione d'insieme appare opportuno partire dai problemi, e quindi dalle differenze.

Divieti d'agire possono avere e in genere hanno la forma di divieti rivolti a tutti, con pretesa di applicabilità incondizionata (salva la sussistenza di eventuali cause di giustificazione). Di tale natura sono i precetti fondamentali in cui si articola l'idea generalissima del *neminem laedere* (non uccidere, ecc.).

Comandi d'agire, invece, *non* possono essere logicamente incondizionati: si rivolgono a particolari categorie di soggetti, e riguardano comportamenti da tenere in determinate situazioni tipiche. La tipicità dell'omissione causale (non impeditiva), a differenza della causalità dell'azione, è normativamente agganciata ad obblighi di attivarsi.

Per la loro specifica intrusività nella sfera di vita e di attività dei destinatari, comandi d'agire abbisognano d'uno speciale fondamento di legittimazione. Nell'ordinamento italiano, obblighi di agire e posizioni di garanzia possono trovare un fondamento di legittimità (e il limite della loro legittimità) in esigenze e vincoli di solidarietà e di cooperazione (il riferimento costituzionale è l'art. 2, che pone *doveri inderogabili di solidarietà*).

Nel mondo della bioetica e del biodiritto viene in preminente rilievo (accanto alla intrusività dei comandi d'agire nella sfera d'azione dei destinatari del comando) l'intrusività dei possibili adempimenti nella sfera personale del destinatario del dovere di cura. La cura della vita e del corpo di altri, in quanto richiede interventi sul corpo di altri, chiama in causa esigenze di *habeas corpus*: in concreto, di temperamento della cura del corpo da parte di terzi garanti, con il diritto di non subire intrusioni nella propria sfera personale, cui non sia stato previamente prestato consenso.

In qualsiasi normale contesto di vita, attività che incidono sul corpo di altri (il banale taglio di capelli, l'attività sportiva, il compiere atti sessuali con altri) presuppongono il libero consenso di chi vi sia coinvolto. Anche per attività che in via generale sono legittime e doverose, si pone il problema delle *condizioni di legittimità dell'esercizio nei casi concreti*. È il caso dell'attività medica, la cui c.d. autolegittimazione non implica (come la giurisprudenza ha messo in rilievo) un generale diritto di intervenire su altri a propria discrezione. In quanto incidente – nel bene e nel male – sul corpo di altri, l'esercizio di attività terapeutica nei confronti di una data persona presuppone il consenso

di questa, se in grado di esprimerlo. Il *principio del consenso informato* ha per l'appunto a che fare con la fondazione e delimitazione di attività (anche di cura) ricadenti sul corpo; è esercizio, ad un tempo, di libertà positiva di autodeterminazione, e libertà negativa di *habeas corpus*.

Beninteso, i problemi della cura non si identificano con i problemi della responsabilità per omissione: determinare i presupposti, l'ambito e i limiti di doveri di cura, per il biodiritto è una chiave d'approccio pertinente per qualsiasi problema di responsabilità per eventi, azioni ed omissioni. Qui ci interessa saggiare se e quale rilievo, nel contemperamento fra diritti o interessi confliggenti, la dicotomia azione/omissione possa avere.

7.2. Il dovere di cura (in condizioni normali) non è indipendente dalla volontà dell'interessato. Da ciò la rilevanza riconosciuta al rifiuto di cure⁷⁴. L'omissione di interventi che non siano doverosi non fonda alcuna responsabilità per omissione (art. 40 cpv. c.p.): il medico, ancorché garante della salute del paziente, non può imporre coattivamente un trattamento che il paziente rifiuta. In ogni caso, il principio del consenso *informato* addita come dovere essenziale del medico il *dovere di fornire adeguata informazione*, soprattutto quando si tratti di scelte a rischio elevato.

Quid juris nel caso di rifiuto di cure rilevanti *quoad vitam*? In una riflessione su diritto penale e diritti umani, al di là del problema d'interpretazione del diritto vigente – nel quale è leggibile ed è stato letto il dovere di rispettare un tale rifiuto – interessa il fondamento della soluzione adottata: lato oscuro, o corollario coerente dei diritti umani? Se il fondamento dei diritti è l'eguale e reciproco rispetto dovuto da ciascuno a ciascun altro, è proprio il rispetto dovuto alla autonomia e dignità di uomini liberi, e non un po' paradossale “diritto di morire”⁷⁵, che trae con sé il dovere dei terzi di rispettare scelte esistenziali che

74 Nella dottrina penalistica recente, cfr. per es. F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, «Criminalia», 2006, pp. 57 ss.; F. Ramacci, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1707 ss.,

L'esclusione della responsabilità del medico che non abbia praticato cure rifiutate dall'interessato è stata affermata da Cass. 27 marzo 2001, in *Dir. e giustizia*, 2001, n. 40, pp. 23 ss. (rifiuto del paziente a sottoporsi ad anestesia totale); Pret. Roma, 3 aprile 1991 e Pret. Treviso, 29 aprile 1999, «Bioetica», 2000, n. 1, pp. 123 ss. (rifiuto di trasfusioni da parte di testimoni di Geova); Cass. 4 luglio 2005, «Rivista Italiana di Medicina Legale», 2006, pp. 395 ss., con nota di Barni (rifiuto di ricovero).

75 H. Jonas, *Tecniche di differimento della morte e il diritto di morire*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, Einaudi, 2006, p. 185.

riguardano innanzi tutto il come vivere. In questo senso, paradossalmente, il diritto di vivere include il diritto di rifiutare cure necessarie *quoad vitam*: non come atto di disposizione del diritto alla vita, ma come scelta su come vivere quel che resta da vivere, sorretta dal *diritto a non sottostare all'intrusione di terzi sul proprio corpo*⁷⁶.

Il limite dei doveri di cura, segnato dal consenso dell'interessato, vale anche nel caso in cui l'interessato chieda di sospendere una terapia in atto? Dottrina e giurisprudenza hanno affermato che *il rifiuto di una terapia in atto comporta il dovere di farla cessare* ("staccare la spina", si usa dire pensando ai casi di terapie di sostegno di malati terminali). A fronte della richiesta (che sia stata validamente espressa) di interrompere una terapia, «*al venir meno dell'obbligo di cura corrisponde il sorgere dell'obbligo di omettere le cure*»⁷⁷. Ne deriva una conclusione di liceità dell'interruzione di cura (dello "staccare la spina") che alcuni ritengono di poter fondare sulle regole pertinenti all'omissione, e che altri, riconoscendo come rilevante la differenza fra il mero omettere e l'attivarsi per interrompere, fondano sulla causa di giustificazione dell'*adempimento di un dovere* (appunto, di interrompere la terapia rifiutata dall'interessato).

8. I diritti umani fra liberalismo politico e concezioni comprensive

8.1. I principi sopra riassunti sono stati affermati dalla giurisprudenza su tormentate vicende⁷⁸ che hanno tanto sollecitato la riflessione e l'impegno di tanti,

⁷⁶ Nella dottrina penalistica, *ex multis*, S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1995, pp. 670 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, ivi, 1997, pp. 74 ss.; Cfr. anche AA.VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, Bologna, Trento, L'Editore saggistica, 1992. L. Riscato, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Torino, 2008.

⁷⁷ F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, in AA.VV., *Il valore della vita*, Milano, Vita e Pensiero, 1985, pp. 162 ss.

⁷⁸ Caso Englro: Cass. Civ. 16 ottobre 2007, accoglimento del ricorso del tutore di persona in stato vegetativo permanente, contro la sentenza che aveva negato l'autorizzazione a richiedere la sospensione del trattamento. Caso Welby: GUP Roma 17 ottobre 2007, non luogo a procedere nei confronti del medico che ha "staccato la spina" a richiesta del malato), «Rivista Italiana di Medicina Legale», 2008, pp. 271 ss. Fra le tante voci, cfr. quelle (di filosofi) raccolte in AA.VV., *Che cosa vuol dire morire*, a cura di D. Monti, Torino, Einaudi, 2010.

a partire da concezioni diverse e contrapposte, le une e le altre ispirate a valori morali forti (sacralità della vita *versus* autonomia morale di ciascuna persona). In molti abbiamo partecipato a ragionevoli confronti (ma vi sono stati anche aspri scontri) mettendo in campo concezioni comprensive della morale e della dignità umana, al di là della dimensione strettamente giuridica.

Come ragione giustificativa di limiti all'autonomia individuale⁷⁹ è stato evocato un *momento comunitario* che non potrebbe essere *del tutto annullato*, nemmeno in relazione a vicende drammaticamente personali come il morire. È un argomento forte, che richiede attenta considerazione: su questi temi serve prudenza: «*la nostra vita non appartiene soltanto a noi, ma ai familiari, agli amici, alla comunità*»⁸⁰.

Il momento comunitario, che può esser ravvisato in qualsiasi evento importante della vita, per il diritto fa parte dei termini del problema. È un aspetto che merita ponderazione, non è di per sé decisivo. Il principio dell'eguale rispetto vale come regola di rapporti fra persone, utile a discriminare ciò che sia assoggettabile a vincoli comunitari, anche supportati da coercizione (un buon esempio è la penalizzazione dell'omicidio del consenziente), e ciò che invece appartenga ad una sfera personale inviolabile, ancorchè collegata alla dimensione comunitaria.

C'è una *sfera personale* che non può essere assoggettata ad imposizioni – e a tutele paternalistiche – dello Stato. *Non dare a Cesare ciò che non è di Cesare*, potrebbe essere una buona metafora per esprimere un principio fondante della nostra civiltà, ben anteriore ai moderni sviluppi del liberalismo politico. C'è qualcosa che nessuno può essere obbligato a dare a Cesare; che Cesare (lo Stato) non ha il diritto di imporre. L'eguale rispetto cui ciascuno ha diritto, e che reciprocamente è tenuto a rispettare negli altri, segna limiti invalicabili alla coazione di uomini su altri uomini.

Si noti: la sfera personale di inviolabilità, segnata dal diritto all'eguale rispetto, ha a che fare non solo con attività esclusivamente *self-regarding*, ma anche con diritti di libertà nella partecipazione alla vita della *polis* o di altre formazioni sociali. *Limiti morali* del diritto penale valgono, eccome, anche per la valutazione legale di attività *other-regarding*. Basti un esempio, quello della libertà religiosa: profondamente *self-regarding*, ma non solo *self-re-*

79 M. Romano, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2008, p. 1002.

80 Sono parole di un filosofo laico: R. Bodei, in AA.VV., *Che cosa vuol dire morire*, cit., p. 57.

garding; ma certamente inviolabile da parte di Cesare, secondo principi oggi condivisi (conquistati dopo sanguinose guerre di religione) della nostra civiltà morale e giuridica. A maggior ragione, nell'universo morale dei diritti umani, *l'eguale inviolabilità delle sfere personali di ciascuno* è principio base dei rapporti fra persone relativi a vicende personali.

8.2. Sui diritti umani si confrontano (anche con durezza) concezioni comprensive diverse. Almeno in taluni casi, per chi parta da una (una qualsiasi) fra concezioni comprensive in conflitto, la posizione sostenuta da altre potrebbe apparire come imposizione inaccettabile di prevalenza di un punto di vista particolare, con sacrificio di diritti ritenuti preziosi. Certe manifestazioni di ostilità, nei giorni finali dell'odissea di Eluana Englaro, mi sono parse un segno tangibile di ciò che può essere il *lato oscuro* dei diritti umani, là dove concezioni fondamentaliste si chiudano all'ascolto delle ragioni degli altri.

Di fronte a posizioni sostenute invocando valori sostanziali forti, l'invocazione della neutralità liberale «*non è forse il riflesso di una strategia sin troppo timida, poco assertiva, a stento idonea a contenere l'urgenza di problemi globali?*». Questo interrogativo⁸¹ sollecita una riflessione etica che non si limiti ad invocare i principi del liberalismo politico, ma si impegni ad «*approfondire le premesse della condotta morale, valutare entro cornici teoriche più rigorose le conseguenze delle azioni, comparare le istanze e le soluzioni morali dei vari popoli ed epoche, cercando – sperimentalmente e logicamente – soluzioni praticabili, ma commisurate alla magnitudine dei problemi e alla dimensione dell'umanità, nel doppio senso della specie umana e della dignità che le compete*».

Se la laicità liberale come principio giuridico è apertura a tutte le concezioni *comprensive* che esistono e si confrontano nella società, fanno parte della scena, con diritto a stare sulla scena pubblica in condizioni di *isegoria* (uguale, piena libertà di parola), le diverse concezioni comprensive (le religioni e non solo le religioni: anche la laicità filosofica) con la loro ricchezza di contenuti e di potenzialità (positive e/o negative), con tutta la loro forza ideale e organizzativa,

Un dialogo fruttuoso esige capacità di ascolto, di rispetto dell'interlocutore; ed anche consapevolezza che c'è bisogno di controllo reciproco delle posizioni in conflitto, nella ricerca di auspicabili consensi per intersezione e/o

81 R. Bodei, *L'etica dei laici*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Bari, Laterza, 2005, p. 25.

di ragionevole gestione dei dissensi, magari attraverso *accordi parzialmente teorizzati*⁸² serbando un *pragmatico silenzio* sulle diverse ragioni ritenute valide. Nell'orizzonte del liberalismo politico è richiesta anche la capacità di esercitare una ragionevole *arte della separazione* fra ciò che si ritenga non negoziabile con Cesare (con il detentore di poteri di coercizione legale), e ciò che invece è l'oggetto proprio delle negoziazioni al livello legislativo.

Si profila qui una tensione (un conflitto?) fra il discorso dei diritti e il principio democratico: su quale terreno si collocano le scelte da valutare ed attuare, di volta in volta? Diritti non negoziabili, o negoziazione politica?

Se anche il terreno della democrazia può ritenersi il più favorevole per l'affermazione dei diritti⁸³, il potere del *demos* è comunque un potere, di fronte al quale i diritti fondamentali avanzano pretese di riconoscimento. Libertà e potere si fronteggiano, non necessariamente complementari⁸⁴.

Come dire: i diritti potrebbero essere oscurati proprio dal principio democratico, sotto forma di disconoscimento indebito di un diritto avente una legittima pretesa di priorità, o magari, al contrario, sotto forma di indebita trasposizione in diritto, di qualcosa che non ne avrebbe la sostanza o meritevolezza di tutela.

8.3. Sui diritti che più ci interessano (vita e integrità fisica, diritti di libertà) possiamo contare su un *largo* (ancorchè non completo) *consenso per intersezione*, entro la tradizione che (per evitare aggettivazioni discutibili) definirei occidentale: non per rivendicare (o sottilmente deplorare) una sorta di appartenenza geografica e storica, ma per indicare l'ambito nel quale i diritti si sono affermati, e in cui più forte (o meno precario) è il loro radicamento. Nel mondo delle pur imperfette democrazie liberali il giurista, teorico e pratico, trova le condizioni di base della dignità del suo lavoro: non semplicemente di eventuale funzionario o consigliere del principe, ma di intellettuale coinvolto in un'impresa finalizzata ad una passabile giustizia.

Sul versante penalistico, in Italia negli anni della Repubblica ci siamo impegnati in molti per radicare nei diritti e libertà fondamentali un nuovo volto del diritto e della giustizia penale, un paradigma alternativo al modello autoritario dei codici fascisti. Molta strada è stata fatta; dopo decenni di novelle settoriali e anche di vistose novità, siamo ancora in mezzo al guado. Il volto del penale

82 C. Sunstein, *A cosa servono le costituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009.

83 Urbinati, *Liberi cit.*, p. 5.

84 Sulle tensioni fra libertà e potere, cfr. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 41.

presenta ancora tratti d'una tradizione autoritaria, corposamente radicata nella realtà dei fatti e nella cultura diffusa: enfaticizzazione del *diritto alla sicurezza* come asserita ragione di espansioni del penale, anticipazioni dell'intervento alla soglia del pericolo astratto o presunto, rigorismi sanzionatori.

Le modificazioni del diritto penale italiano hanno introdotto molte novità, sia positive che negative. L'aspetto peggiore sono le incrinature dell'eguaglianza. Ho tante volte rimarcato lo slittamento del diritto penale verso una vistosa divaricazione fra i sommersi e i salvati, fra noi e loro: fra i "diversi" contro i quali si brandisce l'armamentario repressivo (nuove incriminazioni, pene edittali più severe, nuove circostanze aggravanti, limiti d'accesso a benefici penitenziari) e i bene inseriti, a cui beneficio sono state tentate e in parte realizzate forme di organizzazione dell'impunità. Fra i tentativi riusciti, la bagatellizzazione del diritto penale societario, e l'impunità *di fatto* derivante dalla riduzione dei tempi di prescrizione (legge n. 251 del 2005). Come *contaminazione morale* della stessa parte generale del codice, di scarso impatto pratico ma di forte rilievo simbolico, avevo valutato l'introduzione (all'inizio della XVI legislatura) della aggravante comune della condizione di immigrato irregolare (art. 61 n. 11-bis); la dichiarazione di illegittimità costituzionale, per contrasto col principio d'uguaglianza (Corte Cost. n. 249 del 2010) ha confermato che si trattava di una norma irragionevolmente discriminatoria. La complessiva disciplina dell'immigrazione irregolare, trasferita sul piano penalistico, è frutto di un'avversione contro il diverso (lo straniero "clandestino" sentito come minaccia) della quale il legislatore si è reso interprete ed amplificatore.

Quali che siano le possibilità ed i limiti di traducibilità in censure puntuali sul piano costituzionale, la crescita di un diritto penale della diseguaglianza è un tratto caratterizzante della odierna situazione spirituale. Forse il lato più oscuro, non senza sfumature da diritto penale del nemico⁸⁵.

8.4. L'orizzonte dei diritti non si identifica con l'orizzonte del diritto. Questo è costituito anche da doveri e limitazioni dei diritti. L'individualismo dei diritti si inserisce in un orizzonte sociale.

Un *paradosso dell'individualismo democratico* è stato ravvisato nel suo legame con qualità essenzialmente positive (rispetto delle regole, moderazio-

85 Sulla questione del c.d. "diritto penale del nemico" cfr. *ex plurimis* il fascicolo di «Questione giustizia» n. 4 del 2006; AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi Editore, 2007.

ne, attenzione ai propri privati interessi) che peraltro sono «*naturale alimento tanto della cultura del rispetto e dei diritti quanto dell'apatia e dell'indifferentismo*»⁸⁶. Lo sfondo etico-politico della civiltà dei diritti umani è un individualismo aperto a concezioni del bene non grettamente individualistiche, il cui orizzonte non si esaurisce nella rivendicazione dei diritti. Non è un orizzonte che possa essere dato per scontato.

Il problema della *non autosufficienza* del diritto è stato messo a fuoco dal c.d. teorema di Böckenförde. Lo stato liberale «*vive di presupposti che esso di per sé non può garantire*»: ma «*questo è il grande rischio che per amore della libertà (um der Freiheit Willen) lo Stato deve affrontare*»⁸⁷.

La riflessione di Böckenförde, usualmente citata per l'importanza attribuita alla religione come fattore di coesione sociale, può essere letta come laico richiamo della necessità di forze di coesione (*Antrieben e Bildungskraften*) indipendenti dal diritto. La tenuta della società – non soltanto delle società dei diritti, secolarizzate e liberali – è un problema sempre aperto, per il quale il diritto offre modelli di soluzioni possibili, ma non è, da solo, in grado di assicurare una buona realizzazione. Quali siano le “riserve di senso” e le energie materiali e morali su cui possano fare affidamento le società organizzate come ordinamenti di democrazia liberale, è questione di fatto che eccede l'orizzonte del diritto, ed è sempre aperta alle dure verifiche della storia. I diritti non bastano.

Um der Freiheit Willen non possiamo evitare i rischi della libertà, i paradossi di una società dei diritti i cui presupposti non sono garantiti. Nemmeno i *diritti* (delle persone) trovano nel *diritto* una garanzia sicura.

Nell'ottica penalistica corriamo rischi fra loro contrapposti. Da un lato, il rischio di pericolosi arretramenti dello strumento penale, tutela tendenzialmente necessaria – ancorché amara - di fronte al male radicale. È il rischio, forse, più intenso, perché rimette in gioco la soluzione del problema hobbesiano. Dall'altro lato, il rischio d'intrusione del diritto penale, con la sua peculiare violenza, in terreni che non competono a Cesare (al potere di coercizione giuridica) ma alla sfera dell'autonomia personale. È questo il rischio quantitativamente più ampio, e che più direttamente tocca i diritti che hanno a che fare con il senso umano della vita: la eguale dignità e la libertà di fronte al potere, a *qualsiasi potere*.

⁸⁶ Urbinati, *Liberi* cit., p. 106.

⁸⁷ E.W. Bockenforde, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, pp. 60 ss.

Contro il lato oscuro del penale, che tragicamente ha attraversato e attraversa la nostra storia, la nostra cultura ha dato voce a nobili utopie. Mi piace ricordare quella rappresentata nel Flauto magico di Mozart, l'utopia massonica del regno di Sarastro: *in diesen heil'gen Hallen / kennt man die Rache nicht, / und ist ein Mensch gefallen, / führt Liebe ihn zur Pflicht*. In queste sacre stanze non si conosce vendetta, e se un uomo è caduto, l'amore lo riporta al dovere. È un'utopia che può incrociarsi con l'ultimo, visionario sogno di Faust: la convivenza di uomini *nicht sicher zwar, doch tätig-frei*; non davvero sicuri, ma attivi e liberi.

In un orizzonte non irrealistico, la linea di tendenza dell'ideologia liberale è *verso il meno penale possibile*, sia nell'ampiezza dei precetti, sia nella severità delle sanzioni. Il *meno possibile* d'un possibile strumento di sicurezza incompleta e di giustizia discutibile, sorretto da una razionalità che potrebbe risultare diabolica⁸⁸.

Insomma, riduzione del penale *um der Freiheit Willen*: è una possibilità *indefinita*, in un campo di tensione segnato da richieste di *sicurezza dei diritti* che prendono forma anche di richieste di *giustizia*, fondate o infondate. Il diritto penale *dei diritti umani* resta un problema drammaticamente aperto ed ambiguo.

88 D. Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

IL LATO OSCURO DEI DIRITTI UMANI: ASPETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Tullio Scovazzi

1. *Premessa*

Sotto il titolo “il lato oscuro dei diritti umani” intenderei trattare di alcuni casi, rilevanti per il diritto internazionale, nei quali i diritti umani sono traditi o utilizzati per raggiungere altri obiettivi. Non sempre si tratta di oscurità, nel senso di assenza di luce; ma talora il problema è la troppa luce, che impedisce di vedere e ha quindi lo stesso effetto dell’oscurità. Nel considerare un tema così ampio, mi sono basato su impressioni occasionali che il titolo di questo incontro di studio ha suscitato in me, che svilupperò in modo asistematico.

2. *L’appesantimento della retorica*

È troppo facile insistere su di una debolezza connaturata ai diritti umani in generale, cioè sul fatto che essi possono venire appesantiti da tonnellate di retorica, che non dovrebbero invece gravare sul razionale enunciato di norme giuridiche. Spesso la retorica è così evidente da ingannare soltanto gli sprovveduti.

A volte, però, la retorica è meno visibile del solito. Il trattato sull’Unione Europea, come da ultimo modificato dal trattato di Lisbona del 2007, richiama nel preambolo le «eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza e dello Stato di diritto». La storia dimostra però che la tradizione europea si è spesso manifestata nella ripetizione di guerre, massacri e torture, cui ha fatto seguito – è vero e occorre ricordarlo – l’impegno di coloro che cercavano di costruire una situazione migliore di quella risultante dalla ripetizione di guerre, massacri e torture. Le più letali pratiche del secolo XX, vale a dire il genocidio e i bombardamenti a tappeto, sono state esaltate e inventate da Stati europei.

Che senso ha parlare, con un simile passato alle spalle, di “valori” (una brutta parola se inserita in un testo giuridico, perché intrinsecamente appesantita di retorica)? Molto più sincera è la Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 1945) che, nel preambolo, fa appello alla necessità «to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind». Non sarebbe stato meglio ricordare che noi europei siamo gli eredi di coloro che tanto si appassionavano a guerre, torture e massacri e che ora vorremmo orientarci in una direzione completamente diversa?

Sta di fatto che oggi proprio gli Stati che tanto esaltano i “valori” fanno a gara per negare l’accesso al territorio degli Stati membri dell’Unione Europea a migliaia di esseri umani disperati, compresi bambini e donne, che rischiano e troppo spesso perdono la vita in mare per il miraggio di poter condurre in un altro paese un’esistenza minimamente dignitosa.

3. *Il paradosso dei diritti umani*

Lasciata da parte la retorica, è utile partire dalla premessa che i diritti umani, in generale, non piacciono agli Stati, a causa di una ragione che è legata alla nozione stessa di tali diritti. Essi mirano a tutelare le persone, intese come privati individui, dagli abusi commessi a loro danno da parte di coloro che esercitano il potere pubblico, cioè dagli individui che rappresentano lo Stato¹.

I diritti umani si fondano sul presupposto che la persona umana non può essere ridotta a un mezzo per la realizzazione di “superiori finalità” dello Stato o presunte tali, soprattutto (ma non soltanto) quando queste finalità si confondono con l’interesse personale di un gruppo di potere che non esita a uccidere, torturare e rubare pur di mantenere i propri privilegi e immunità. Come bene chiarisce un passo della sentenza resa il 20 gennaio 1989 dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani nel caso *Godínez Cruz c. Honduras* (relativo a una sparizione forzata), i diritti umani sono un attributo innato della dignità umana e, in quanto tali, prevalgono su qualsiasi altra finalità dello Stato:

está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones

¹ Non avendo testa, braccia, gambe (o zampe) e altri organi, lo Stato esiste soltanto come astrazione, ma non nella realtà delle cose.

a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (par. 162).

El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (par. 174).

Così, per fare un esempio, non è mai ammissibile che uno Stato si rifiuti di dare informazioni sulla sorte di persone fatte sparire forzatamente, con il pretesto che tali informazioni risulterebbero dannose per la sicurezza nazionale. È invece vero il contrario, vale a dire che il più elementare fondamento della sicurezza nazionale sta proprio nel fatto che le persone non corrano mai il rischio di sparire forzatamente per colpa o con la connivenza di agenti dello Stato.

Il paradosso che si collega ai diritti umani nell'ambito del sistema di diritto internazionale sta in una semplice domanda. Come è possibile che il diritto internazionale, che è fatto dagli individui che rappresentano lo Stato, tuteli i diritti umani, se tali diritti mirano sostanzialmente a limitare i privilegi e le immunità di cui godono gli individui che rappresentano lo Stato?

4. *Progressi e regressi*

Nel complesso, la storia dimostra che l'affermazione e il progresso dei diritti umani nell'ambito del diritto internazionale sono risultati difficili, ma possibili: è fuori di dubbio che, con il passare del tempo, un'affermazione e un progresso vi siano stati.

Le difficoltà incontrate dai diritti umani sono, prima di tutto, dimostrate dal ritardo con cui tali diritti si sono manifestati nell'ambito del diritto internazionale, e questo soltanto a seguito dell'impulso dato dalla Carta delle Nazioni Unite (1945). Le norme della Carta, in particolare l'art. 1, par. 3, e l'art. 55, hanno tolto ogni dubbio sul fatto che il modo in cui lo Stato tratta un individuo, che è spesso (anche se non sempre) un proprio cittadino, non è più una questione che rientra soltanto nella competenza interna di uno Stato, ma è anche una materia che riguarda il diritto internazionale.

L'esperienza maturata in base alla Carta delle Nazioni Unite e i numerosi

trattati che essa ha ispirato, in ambito sia mondiale che regionale, fanno ritenere eccessivo pensare che, a causa del loro stesso obiettivo di limitare agli abusi di chi esercita il potere in nome dello Stato, i diritti umani siano sempre e immancabilmente sgraditi agli Stati. Molto tempo ci separa da quando visse Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), che così descriveva le occupazioni preferite dai sovrani del suo tempo:

toute l'occupation des rois, ou de ceux qu'ils chargent de leurs fonctions, se rapporte à deux seuls objets; étendre leur domination au dehors, et la rendre plus absolue au dedans: toute autre vue, ou se rapporte à l'une de ces deux, ou ne leur sert que de prétexte; telles sont celles du *bien public*, du *bonheur des sujets*, de la *gloire de la nation*; mots à jamais proscrits du cabinet, et si lourdement employés dans les édits publics, qu'ils n'annoncent jamais que des ordres funestes, et que le peuple gémit d'avance quand ses maîtres lui parlent de leurs soins paternels².

Resta però il fatto che oggi i diritti umani appaiono tutelati in misura molto diversa, a seconda dei singoli paesi e in relazione ai diversi livelli di solidarietà, tolleranza e cultura esistenti nelle società nazionali. In uno Stato totalitario, richiedere che i diritti umani siano rispettati equivale a mettere in discussione il modo in cui le autorità al potere si sono investite delle loro funzioni e a minare il potere stesso che esse esercitano. Di qui il rischio che lo Stato ricorra a gravi violazioni dei diritti umani nell'ambito di una deliberata politica diretta a terrorizzare gli oppositori (cosiddetto terrorismo di Stato). Il fenomeno è stato così descritto nella sentenza del 22 settembre 2006 della Corte Interamericana dei Diritti Umani nel caso *Goiburú e altri c. Paraguay*, riguardante la sparizione forzata di quattro persone, avvenuta nel 1977 nel più ampio contesto dell'*Operación Condor*, nome in codice dell'associazione per delinquere stretta tra le autorità di Argentina, Brasile, Cile, Bolivia, Paraguay e Uruguay al fine di uccidere, torturare e terrorizzare gli individui considerati "nemici comuni":

en tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-e-
statal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de "terrorismo de Estado" (par. 66).

² J.J.Rousseau, *Jugement sur la paix perpétuelle* (opera pubblicata postuma, ma scritta intorno al 1761), in *Oeuvres complètes de J.J. Rousseau*, Paris, 1826, t. VI, p. 442.

Oggi, massicce violazioni dei diritti umani di solito non si verificano negli Stati dove vige un regime democratico e dove le autorità politiche hanno da tempo compreso che gli assassinii, le torture e il terrore non sono strumenti utilizzabili per mantenere il potere. Ma anche in questi casi si possono incontrare più o meno aperte resistenze all'applicazione di alcune norme sui diritti umani, soprattutto se si richiede che organi dello Stato, invece che restare comodamente inerti, tengano un determinato comportamento che tuteli in modo effettivo un diritto spettante a un individuo (ad esempio, svolgere un'indagine appropriata su casi di tortura o assicurare il reale godimento dei diritti economici, sociali e culturali).

Va anche detto che negli ultimi anni si è avuta una brusca inversione di tendenza, soprattutto in vari Stati di consolidata democrazia che sono inaspettatamente regrediti fino a rivendicare la legittimità di comportamenti come la tortura e le sparizioni forzate o a cooperare tra loro per tenere in segreto tali comportamenti³. Purtroppo, anche in materia di diritti umani, come in qualsiasi altro settore, si possono riscontrare fasi di progresso e fasi di regresso. Come ha osservato il giudice Cançado Trindade in un'opinione concorrente allegata alla sentenza resa dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani il 1° febbraio 2006 sul caso *Alfredo López Álvarez c. Honduras*,

[...] la protección internacional de los derechos humanos es como el mito de Sísifo, una tarea que no tiene fin. Es como estar constantemente empujando una roca hacia el alto de una montaña, la cual vuelve a caer y vuelve a ser empujada hacia arriba. Entre avances y retrocesos, se desarrolla la labor de protección (par. 31).

5. La redazione delle norme

La difficoltà degli Stati ad accettare i diritti umani emerge, in certi casi, anche dal modo in cui alcune norme sono redatte.

Ad esempio, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 1950; conosciuta come Convenzione europea dei diritti umani) ammette la pena di morte (art. 2, par. 1), subordinandola a ben poche condizioni: che la persona sia uccisa dopo una sentenza resa da un tribunale (sono così esclusi pronunciamenti di autorità non giudiziarie); che

3 Un discorso analogo, che meriterebbe un'approfondita trattazione, è quello delle esecuzioni arbitrarie, di cui sono sempre più spesso vittime individui ricercati perché sospettati per reati di terrorismo.

il reato sia punito dalla legge con la pena di morte. In realtà, sotto l'apparenza di tutelare il diritto alla vita, la norma in questione protegge la pena di morte, anche nelle sue manifestazioni più aberranti. Questa gravissima carenza della Convenzione europea, che consente allo Stato di uccidere addirittura una donna incinta o un minorenne o una persona condannata per un reato di lieve entità, è divenuta oggi sconcertante e dovrebbe essere al più presto corretta con un emendamento dell'art. 2: non basta, per eliminare la sfrenata ferocia dell'art. 2, la spiegazione che la Convenzione è stata adottata in un'epoca in cui la pena capitale era prevista dal diritto di molti Stati europei.

É vero che, in seguito, i Protocolli aggiuntivi n. 6 (Strasburgo, 1983) e n. 13 (Vilnius, 2002) hanno, rispettivamente, limitato e vietato la pena di morte. Ma è anche vero che la partecipazione a tali protocolli è facoltativa e che vi sono cinque Stati parti della Convenzione che non sono parti del Protocollo n. 13 (Armenia, Azerbaigian, Polonia e Russia) e che uno di questi non è parte neppure del Protocollo n. 6 (Russia).

Altre perplessità suscitano i cosiddetti diritti umani asimmetrici, che si hanno quando è enunciato un diritto dell'individuo, senza che sia previsto un obbligo dello Stato che risulta direttamente legato all'esercizio del diritto in questione. Ad esempio, secondo l'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) ogni individuo ha il diritto di lasciare ogni paese, compreso il proprio. Lo stesso diritto è previsto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966)⁴. Tuttavia, questi strumenti non enunciano un corrispondente diritto dell'individuo di immigrare in un paese diverso dal proprio. Ci si può chiedere dove potrà andare a stanziarsi quell'individuo che ha il diritto di emigrare, senza però godere del corrispondente diritto di immigrare. In alto mare? Sulla Luna e sugli altri corpi celesti? Nel settore dell'Antartide non rivendicato da nessuno Stato?

Un problema analogo si pone in materia di norme internazionali sull'asilo. In base alla Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati (Ginevra, 1951; emendata dal Protocollo del 1967), una persona che ha la condizione di rifugiato ha il diritto di non essere respinta verso uno Stato dove potrebbe correre il rischio di subire violazioni di fondamentali diritti umani. Ma la Convenzione non dà all'individuo il diritto di essere ammesso in alcun Stato. Ci si può chiedere dove potrà andare a stanziarsi quel rifugiato che ha il diritto di non essere cacciato indietro, senza però godere del corrispondente diritto di essere ammesso nel paese che non lo può cacciare indietro. In alto mare? Sulla

4 «Everyone shall be free to leave any country, including his own» (Art. 12, para. 2).

Luna e sugli altri corpi celesti? Nel settore dell'Antartide non rivendicato da nessuno Stato?

6. *L'insofferenza agli strumenti giudiziari di accertamento delle violazioni*

Esistono vari modi, più o meno diretti, che consentono agli Stati di ostacolare l'applicazione dei diritti umani: ad esempio, non ratificare i trattati relativi; oppure ratificarli, ma con l'apposizione di riserve che ne svuotano il contenuto⁵; oppure ratificarli, ma senza accettare i sistemi imparziali di accertamento dell'osservanza degli obblighi che essi instaurano. Non sempre tali espedienti portano al risultato desiderato: ad esempio, la non partecipazione a trattati non cancella l'obbligo dello Stato di osservare le norme sui diritti umani che siano vincolanti in forza del diritto internazionale generale; le riserve possono risultare inammissibili e, quindi, essere considerate come non apposte (almeno secondo quanto più volte ritenuto da organi internazionali di tutela dei diritti umani).

Purtroppo, la riluttanza ad accettare i meccanismi di accertamento delle violazioni è un indice sicuro di scarsa volontà di rispettare i diritti umani. In materia di tutela internazionale dei diritti umani, più che i cataloghi dei diritti protetti, un peso fondamentale assumono i meccanismi procedurali, ossia gli strumenti utilizzabili dagli individui per ricorrere contro le violazioni da parte di uno Stato dei diritti loro attribuiti. Nell'analisi dei meriti di un determinato sistema di protezione dei diritti umani molta attenzione va dedicata ai "denti"

5 In tema di riserve, una "miniera" è la Convenzione sull'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti delle donne (New York, 1979). Alcune riserve possono, sia pure con qualche difficoltà, sembrare ammissibili (ad esempio, quelle in tema di successione al trono riservata agli uomini o di trasmissione al figlio del solo cognome del padre o di restrizioni al servizio di donne nelle forze armate in situazioni di combattimento). Ma altre, data anche la loro portata generale, sono incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione. Si pensi alla riserva, fatta da diversi Stati islamici, diretta a far prevalere il diritto religioso musulmano (*Shari'a*) sull'obbligo generale, previsto dall'art. 2 della Convenzione, di condannare la discriminazione contro la donna in tutte le sue forme e di perseguire con tutti i mezzi appropriati e senza ritardo una politica di eliminazione di tale discriminazione. Più unica che rara, per la sua evidente contrarietà all'oggetto e scopo della Convenzione, era la riserva fatta dal Malawi nel 1987, ma poi ritirata nel 1991, che addirittura subordinava l'applicazione della Convenzione alla sua conformità a consuetudini e pratiche tradizionali.

(ossia ai meccanismi di tutela) messi a disposizione dell'individuo per poter "mordere" gli Stati responsabili di violazioni. Gli Stati abituati a violare i diritti umani bene sanno che non è irreparabile, dal loro punto di vista, vincolarsi sul piano internazionale a rispettare numerosi diritti, ma che sarebbe invece un grave errore accettare che organismi internazionali imparziali e dotati di poteri sanzionatori possano sindacare come essi si comportano in concreto. Benché tutti gli Stati si definiscano entusiasti sostenitori dei diritti umani e primi paladini del loro rispetto, relativamente pochi tra di loro sono disponibili ad accettare verifiche imparziali ed effettive sul loro operato in casi specifici.

É di conseguenza importante che un trattato istituisca organi internazionali di controllo sull'adempimento degli obblighi ad opera degli Stati parte e che tali organi abbiano natura giudiziaria, siano cioè composti di individui (i giudici) che assicurino la necessaria indipendenza e imparzialità, e non già di rappresentanti degli Stati. É altrettanto importante che il diritto di ricorso a tali organi sia esercitabile non soltanto dagli Stati parte, ma anche dall'individuo che lamenti una violazione dei diritti che il trattato gli riconosce. Un individuo è quasi sempre più sollecito a sollevare un caso che lo riguarda di quanto lo siano gli Stati parte, che per considerazioni di opportunità politica possono essere portati a non pregiudicare le relazioni con governi esteri per questioni di importanza marginale.

7. Le interpretazioni errate delle norme

Una particolare attenzione meritano gli attentati alla tutela dei diritti umani che si fondano su argomenti giuridici, come sono le interpretazioni errate, perché troppo restrittive, delle norme applicabili.

Un esempio significativo in proposito è legato alla questione dell'applicazione territoriale dei trattati sui diritti umani. Una simile questione va affrontata alla luce dell'oggetto e dello scopo di tali trattati. Dalla natura stessa dei trattati in materia di diritti umani discende che essi hanno per oggetto i comportamenti (azioni od omissioni) tenuti nei confronti di singoli individui da parte di agenti dello Stato o da persone o gruppi di persone che agiscono con l'acquiescenza, la tolleranza o l'appoggio dello Stato, ovunque i comportamenti in questione siano tenuti e, quindi, anche al di fuori dei confini nazionali. In altre parole, questo tipo di trattati tutela gli individui che possono "venire a tiro" di agenti dello Stato o di persone assimilabili a costoro, indipendente-

mente dal luogo dove le violazioni sono compiute. Conta lo Stato al quale la violazione va attribuita, e non già il luogo dove essa si è verificata. Se di solito essi agiscono nel territorio dello Stato cui appartengono, può accadere che gli agenti di uno Stato operino nel territorio di un altro Stato, con o senza l'autorizzazione di quest'ultimo⁶. Anche in questi casi, lo Stato risponde per le violazioni dei diritti umani compiute dai suoi agenti. Cambia qualcosa se uno Stato tortura o uccide arbitrariamente degli individui all'estero, invece che farlo sul proprio territorio? La risposta è, evidentemente, che nulla cambia.

Ad esempio, un'interpretazione errata della Convenzione europea dei diritti umani è stata fornita dalla Corte Europea dei Diritti Umani nella sentenza del 12 dicembre 2001 sul caso *Banković e altri c. Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Spagna, Turchia e Ungheria*. La Corte dichiarò inammissibile il ricorso presentato da famigliari dei sedici civili uccisi e da persone rimaste ferite nel bombardamento aereo che nel 1999 aveva colpito la stazione radio-televisiva RTS di Belgrado, nel corso delle operazioni militari condotte da vari Stati parte della Convenzione contro la Jugoslavia, Stato che allora non era parte di tale trattato. La Corte seguì un'interpretazione arbitrariamente restrittiva all'art. 1, par. 1, della Convenzione, secondo il quale le parti devono assicurare a ogni individuo «entro la loro giurisdizione» il godimento dei diritti previsti dalla Convenzione⁷ (nel caso specifico, si trattava prima di tutto del diritto alla vita). La Corte non spiegò per quale ragione essa abbia dato alla parola “giurisdizione” (una parola, per la verità, di per sé poco chiara) lo stesso significato della ben diversa parola “territorio”, che non figura affatto nell'art. 1, par. 1, della Convenzione. Né la Corte spiegò perché essa non abbia interpretato la Convenzione alla luce del suo oggetto e del suo scopo, come richiesto da uno strumento principale d'interpretazione dei trattati, fondandosi invece su quanto risulterebbe dai lavori preparatori, che invece sono soltanto uno strumento complementare d'interpretazione. Se avesse tenuto conto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, la Corte avrebbe dovuto scegliere l'interpretazione

6 Nei casi di azioni extra-territoriali, la responsabilità sorge in capo a due Stati, se vi è la complicità dello Stato sul cui territorio la violazione di un diritto umano si è compiuta. Altrimenti, la responsabilità cade sul solo Stato che ha operato con i suoi agenti in territorio altrui (ad esempio, nel caso di un'azione di agenti segreti che si siano recati occultamente all'estero).

7 «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention».

più favorevole agli individui bombardati, piuttosto che quella più vantaggiosa per gli Stati bombardanti, e procedere quindi all'esame del merito del caso⁸.

Sullo stesso (basso) livello della sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani sul caso *Banković* si sono posti gli Stati Uniti. Essi hanno sostenuto che il Patto sui diritti civili e politici, che, tra l'altro, vieta la tortura, «non si applica alle operazioni a Guantanamo Bay, che non fa parte del territorio degli Stati Uniti»⁹, e che l'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti (New York, 1984), che obbliga uno Stato parte a non espellere, respingere o estradare una persona verso uno Stato dove vi sono fondate ragioni di ritenere che essa sia in pericolo di essere sottoposta a tortura, non vincolerebbe gli Stati Uniti, quando essi operano al di fuori del territorio nazionale¹⁰.

8. Due decisioni micidiali della Corte Costituzionale italiana

Interpretazioni eccessivamente restrittive delle norme internazionali sui diritti umani sono con una certa frequenza reperibili nelle sentenze di giudici nazionali chiamati ad applicare i relativi trattati. È il caso di fornire qualche esempio tratto da decisioni di organi italiani.

Molto criticabile è la tendenza a non applicare le norme della Convenzione europea dei diritti umani, perché esse avrebbero natura programmatica e non

8 Il fatto che in altre sentenze la stessa Corte abbia scelto un'interpretazione ben diversa dell'art. 1, par. 1, non toglie nulla alla sconcertante decisione presa sul caso *Banković*, anche perché la Corte continua a voler contrabbandare per coerente una giurisprudenza sull'applicazione extra-territoriale della Convenzione caratterizzata invece da diverse sentenze corrette e da una sentenza macroscopicamente errata (quella sul caso *Banković*).

9 Nota del 10 marzo 2006, «International Legal Materials», 2006, p. 743.

10 Come dichiarato nel 2006 dal già consigliere giuridico capo del Dipartimento di Stato, Bellinger, «for more than a decade, the position of the US Government, and our courts, has been that all of those terms refer to returns from, or transfers out from the United States. So we think that Article 3 of the CAT [= Convention against Torture] is legally binding upon us with respect to transfers of anyone from the United States; but we don't think it is legally binding outside the United States» (in Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Alleged Secret Detentions Secret and Unlawful Inter-State Transfers Involving Council of Europe Member States, Draft Report – Part II (Explanatory Memorandum)*, Rapporteur Mr. Dick Marty, doc. AS/Jur (2006) 16 Part II, 7 giugno 2006, par. 272).

immediatamente precettiva, in quanto prive del “modello di un atto interno, completo nei suoi elementi essenziali” (in questo senso le sentenze della Corte di Cassazione del 14 giugno 2002, n. 8503¹¹, e del 15 aprile 2005, n. 7923¹², che riprendono sul punto varie precedenti sentenze). Come se coloro che redigono un trattato dovessero avere in mente i modelli degli atti interni italiani, completi dei loro elementi essenziali (e perché non quelli di tutti gli altri Stati partecipanti al negoziato?) e come se il parlamento italiano non avesse già ordinato la «piena ed intera esecuzione» della convenzione stessa, al momento di adottare la legge che ne ha autorizzato la ratifica¹³!

In alcune decisioni di corti italiane, però, sono state seguite interpretazioni non solo restrittive, ma addirittura micidiali per i diritti umani. Purtroppo, i due più gravi “reati” compiuti in Italia a danno di trattati sui diritti umani coinvolgono addirittura la Corte Costituzionale.

Con la sentenza del 24 febbraio 1992, n. 62, la Corte Costituzionale constatò che il Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966) non era stato “ancora ratificato da un numero sufficiente di Stati per renderlo operante come trattato multilaterale”¹⁴. In realtà, il Patto era già entrato in vigore sul piano internazionale dal 23 marzo 1976 e, per l'Italia, dal 15 dicembre 1978, a seguito della ratifica autorizzata con la legge 25 ottobre 1977, n. 881¹⁵.

Ancora più pesante, perché non consistente in una svista, ma in una deliberata degradazione dei diritti umani, è la sentenza della Corte Costituzionale 11 marzo 2009, n. 106¹⁶, relativa a un conflitto di attribuzioni tra potere

11 «Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale», 2003, p. 1029.

12 «Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale», 2006, p. 1092.

13 Esempio, per la capacità di cogliere lo spirito delle norme, senza arrestarsi di fronte a vuoti e dannosi formalismi, è invece una sentenza resa dal Tribunale di Roma il 7 agosto 1984 (in *Temì Romana*, 1985, parte II, p. 977). Il tribunale applicò direttamente l'art. 5, par. 5, della Convenzione europea dei diritti umani, in base al quale gli individui vittime di arresti in violazione dell'art. 5 stesso hanno un diritto a un risarcimento («everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation»). Benché non esistessero specifiche norme di legge italiane sul risarcimento alle vittime di arresti arbitrari, il giudice fece ricorso per analogia alle ordinarie norme di diritto civile sul risarcimento del danno ingiusto.

14 «Rivista di Diritto Internazionale», 1992, p. 799.

15 *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, suppl. al n. 333 del 7 dicembre 1977.

16 In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie speciale – Corte Costituzionale*, dell'8 aprile 2009, n. 14.

esecutivo e potere giudiziario. Le questioni sottoposte alla Corte riguardavano il segreto di Stato fatto valere dal Presidente del Consiglio dei ministri in base alla legislazione italiana temporalmente applicabile¹⁷. Il caso riguardava l'acquisizione di documenti e testimonianze nel corso di un procedimento penale per sequestro di persona pendente di fronte al Tribunale di Milano contro vari imputati di nazionalità italiana o americana. La Corte Costituzionale accolse parzialmente i ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti delle autorità giudiziarie coinvolte nel procedimento, arrivando alla conclusione

[...] che non spettava alle predette Autorità giudiziarie porre a fondamento, rispettivamente, della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto che dispone il giudizio, emessi nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili del sequestro di persona ai danni di Nasr Osama Mustafa Hassan, *alias* Abu Omar, i documenti acquisiti all'esito della perquisizione eseguita il 5 luglio 2006 e successivamente trasmessi all'Autorità giudiziaria, con parziali omissioni relative a dati coperti da segreto di Stato, nonché la richiesta di svolgimento dell'incidente probatorio, e con essa sia l'ordinanza che lo ha disposto sia il relativo verbale di acquisizione della prova del 30 settembre 2006, annullando, per tale effetto, tali atti processuali nelle corrispondenti parti.

Nella motivazione, la Corte lega inscindibilmente il segreto di Stato al concetto di sicurezza dello Stato, qualificando quest'ultimo come interesse «preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali». Su questo punto, la Corte fa una scelta precisa, anche se molto arbitraria, concludendo che il principio del segreto di Stato, che non è menzionato in alcun articolo della Costituzione italiana, prevale sul principio della tutela giurisdizionale, che è invece espressamente previsto in varie sue disposizioni (art. 24, c. 1; art. 111, c. 1; art. 112).

Per di più, la Corte non dedica alcuna effettiva considerazione all'importanza dei diritti umani che i fatti in discussione di fronte al Tribunale di Milano coinvolgevano. Ma non si parla di diritti umani in qualche articolo della Costituzione italiana? Ad esempio, vi sarebbe l'art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]».

¹⁷ Legge 24 ottobre 1977, n. 801, «Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato», poi sostituita dalla legge 3 agosto 2007, n. 124, «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto».

La Corte, purtroppo, omette di approfondire questo essenziale aspetto della questione e decide come se i diritti umani non esistessero, né nella Costituzione italiana, né nel diritto internazionale, ivi compresi vari trattati di cui l'Italia è parte.

In realtà, nel procedimento di fronte al Tribunale di Milano nei confronti di un gruppo agenti dei servizi italiani e americani non si discuteva soltanto del reato di sequestro di persona pluriaggravato (come dalla qualificazione dei fatti operata sulla base del vigente diritto penale italiano) a danno del cittadino egiziano Abu Omar, rifugiato politico in Italia. Si discuteva di qualcosa di ancora più sinistro, cioè di una delle più disgustose violazioni dei diritti umani: la sparizione forzata a fini di tortura. La sparizione forzata combina diverse gravi violazioni dei diritti umani, che si aggiungono a quella tipica (la privazione arbitraria della libertà) e che si manifestano, in vario modo a seconda dei casi, a danno della vittima diretta e dei suoi familiari: la violazione del diritto alla vita, la violazione del diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti disumani o degradanti, la violazione del diritto alle garanzie giudiziarie, la violazione della vita privata (della vittima e dei suoi familiari) e altre ancora.

Nel caso in discussione di fronte agli organi giudiziari italiani la sparizione forzata veniva in discussione nella sua variante più recente, che è quella della “consegna straordinaria” (*extraordinary rendition*) a fini di tortura. Questa variante è stata elaborata negli Stati Uniti, dopo i gravissimi attentati terroristi che hanno colpito il paese nel 2001. In sintesi, la giustificazione delle consegne straordinarie si basa sullo strabiliante e già ricordato¹⁸ presupposto teorico che, mentre è vietato torturare un individuo nel territorio degli Stati Uniti, il diritto americano e il diritto internazionale consentirebbero invece al Presidente degli Stati Uniti o ad agenti da lui designati di far torturare all'estero un individuo, purché egli sia uno straniero, al fine di estrarre da lui informazioni. In questo caso, non sarebbero applicabili i trattati che vietano la tortura e le altre violazioni dei diritti umani, in particolare il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e la Convenzione contro la tortura, di cui gli Stati Uniti sono parte, dato che il loro ambito di applicazione sarebbe limitato al territorio degli Stati Uniti.

È proprio sulla base del presupposto che sia lecito torturare gli individui non americani al di fuori del territorio degli Stati Uniti che il programma delle consegne straordinarie è stato messo in atto. Esso consiste in una sorta di cir-

18 *Supra*, par. 7.

cuito di sparizione e di tortura per procura che coinvolge diversi Stati, legati da un rapporto di complicità nell'illecito: lo Stato che si fa carico di organizzare la sparizione della vittima, tramite la sua cattura, il suo trasporto e la sua consegna, e che poi si avvale delle informazioni estratte (Stato organizzatore); gli Stati che consentono allo Stato organizzatore l'accesso al loro territorio perché avvenga la cattura o perché l'aereo usato per trasportare la vittima vi faccia scalo (Stati complici); lo Stato che riceve in consegna la vittima e che estrae le informazioni con tortura (Stato esecutore).

Nel circuito delle consegne straordinarie, spicca, per l'atteggiamento servile che la caratterizza, la posizione degli Stati complici. Essi tollerano che sul proprio territorio siano compiute gravissime violazioni del proprio diritto interno e del diritto internazionale. A tale tolleranza si accompagna spesso il rifiuto di ammettere che i fatti si siano verificati o che vi sia un coinvolgimento dello Stato. È forte il sospetto che gli agenti (segreti o meno) dello Stato territoriale siano ampiamente implicati nei fatti, sia per le loro volontarie omissioni, sia per la loro diretta partecipazione alla cattura della vittima, in concorso con gli agenti segreti dello Stato organizzatore. È molto improbabile che una persona sia forzosamente catturata e trasferita all'estero, senza la consapevolezza e il consenso dello Stato nel cui territorio i fatti si svolgono. Se così fosse, quest'ultimo non esiterebbe a formulare una protesta nei confronti degli Stati responsabili, non appena i fatti fossero conosciuti. Ma questo non risulta essere il caso delle consegne straordinarie organizzate dagli Stati Uniti. Al contrario, gli Stati complici tendono a coprire e ad attenuare i fatti, ad appoggiare i propri agenti che hanno compiuto gli illeciti (invece di appoggiare le vittime e le loro famiglie), a ostacolare le indagini da parte degli organi giudiziari, invocando il segreto e presunte ragioni di sicurezza nazionale: come se il primo aspetto della sicurezza nazionale non fosse proprio quello di vivere in un paese dove bande di agenti segreti non scorrazzino per catturare e far sparire individui da sottoporre a tortura all'estero e dove le misure di privazione della libertà siano decise da giudici e non, in segreto, da consessi del potere esecutivo. Tutto questo il giudizio di merito avrebbe probabilmente potuto accertare, se fossero stati ammessi i mezzi di prova annullati dalla sentenza della Corte Costituzionale.

Proprio per la gravità delle violazioni che erano in discussione nel giudizio di merito risulta inspiegabile come la Corte Costituzionale non abbia affrontato la questione dei diritti umani. La Corte non si è chiesta se, a sostegno della posizione assunta dalla Procura della Repubblica e altri organi giudi-

ziari di Milano, non vi fosse anche l'esigenza di salvaguardare l'art. 2 e altre norme della Costituzione, oltre che norme di diritto internazionale generale e di vari trattati sui diritti umani di cui l'Italia è parte, ai quali va pure attribuito un rango costituzionale. La Corte si è attenuta a tre sue precedenti sentenze in tema di segreto di Stato, in nessuna delle quali venivano però in gioco la tortura e le sparizioni forzate¹⁹, e ha deciso come se i diritti umani non esistessero o, se mai fossero esistiti prima, ora non esistessero più: non a caso le espressioni "diritti umani" o "diritti dell'uomo" non compaiono in nessuna parte della sentenza n. 106 del 2009. La Corte ha deciso come se l'art. 2 della Costituzione sancisse il principio che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della segretezza delle relazioni tra servizi informativi italiani e stranieri». Ma suscita un istintivo senso di ribellione scoprire che Costituzione italiana consentirebbe che il segreto di Stato copra anche le più disgustose violazioni dei diritti umani, purché esse siano inserite nell'ambito di relazioni tra i servizi informativi e di sicurezza italiani e quelli stranieri.

Al di là di una purtroppo indimenticabile sentenza della Corte Costituzionale italiana, resta il fatto che il segreto di Stato rientra tra i vari ostacoli giuridici (come le amnistie, le immunità, le prescrizioni) che raggiungono l'effetto di facilitare gravi violazioni dei diritti umani tutelati da trattati internazionali, colpendo l'esercizio del diritto a un effettivo rimedio sul piano giudiziario e impedendo che i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani vengano identificati e puniti e che le vittime ricevano un'adeguata riparazione.

9. *I conflitti tra diritti umani*

Data la sua particolare natura, la materia dei diritti umani si presta anche a interrogativi paradossali. Può, sia pure in qualche raro caso, accadere che un apparente rafforzamento dei diritti umani si traduca invece in un loro indebolimento?

Elementari considerazioni di logica numerica suggeriscono che più cresce il numero dei diritti umani, più l'individuo è tutelato. In molti casi, l'affermazione di nuovi diritti umani appare particolarmente appropriata. Questo vale, ad esempio, per il diritto all'acqua, che oggi sta assumendo una sua autonomia rispetto al diritto all'alimentazione e che comprende anche il diritto

¹⁹ Si tratta delle sentenze 6 aprile 1976, n. 82, 24 maggio 1977, n. 86, e 9-10 aprile 1998, n. 110, ampiamente citate nella sentenza qui considerata.

all'acqua per igiene personale. Questo vale, per fare un altro esempio, per il nemico naturale del segreto di Stato, cioè il diritto alla verità, enunciato per la prima volta nella Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (Parigi, 2007):

each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person. Each State Party shall take appropriate measures in this regard (art. 24, par. 2).

Può però succedere che, a causa di un'errata valutazione dell'importanza che alcuni diritti umani fondamentali hanno nei confronti di altri diritti umani, il desiderio di tutelare un determinato diritto comporti un'inaccettabile menomazione di un altro, e ben più importante, diritto umano. Nell'ipotesi di conflitti tra diritti umani (un'evenienza che a volte si può verificare), è indispensabile avere una chiara percezione di quale diritto debba prevalere sull'altro.

Ad esempio, la sopra menzionata Convenzione sulle sparizioni forzate contiene una norma redatta in modo particolarmente contorto (art. 20, par. 1)²⁰, che in casi eccezionali consente a uno Stato di negare ai parenti o al legale di una persona sparita le informazioni che, di regola (art. 18), lo Stato è obbligato a dare sulla sorte di una persona privata della libertà. Tra le eccezioni figura, purtroppo, anche la tutela del diritto alla riservatezza (*privacy*). È un peccato che la Convenzione, per venire incontro alle richieste di alcuni Stati dove il diritto alla riservatezza è particolarmente sentito, abbia aperto una breccia che potrebbe consentire ad altri Stati di avvalersi di un facile pretesto per occultare le tracce di persone arbitrariamente private della libertà, torturate e uccise. In altre parole, lo scrupolo di tutelare la riservatezza del marito che non vuole far sapere alla moglie di essere stato arrestato non dovrebbe mai prevalere sull'esigenza di una persona che corre il rischio di venire tor-

20 «Only where a person is under the protection of the law and the deprivation of liberty is subject to judicial control may the right to information referred to in article 18 be restricted, on an exceptional basis, where strictly necessary and where provided for by law, and if the transmission of the information would adversely affect the privacy or safety of the person, hinder a criminal investigation, or for other equivalent reasons in accordance with the law, and in conformity with applicable international law and with the objectives of this Convention. In no case shall there be restrictions on the right to information referred to in article 18 that could constitute conduct defined in article 2 or be in violation of article 17, paragraph 1».

turata e uccisa e che si trova nell'assoluta necessità di far sapere qual è la sua sorte a coloro che potrebbero aiutarla.

10. *Imprese e diritti umani*

Un altro interrogativo paradossale è se abbia una qualche utilità allargare il concetto dei destinatari dell'obbligo di tutelare i diritti umani, aggiungendovi, oltre agli Stati, anche le imprese, in particolare le imprese multinazionali. Sempre più di frequente si parla di una "responsabilità sociale" delle imprese di tutelare i diritti umani nei paesi ove esse svolgono attività²¹: si vedano, ad esempio, sia pure con configurazioni diverse, le Norme sulle responsabilità delle società transnazionali e altre imprese riguardo ai diritti umani, approvate nel 2003 dalla Sotto-commissione sulla promozione e protezione dei diritti umani della Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani²², o i Principi-guida sugli affari e i diritti umani, elaborati nel marzo 2011 dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite sul tema dei diritti umani e delle società transnazionali e altre imprese, John Ruggie²³.

Una simile tendenza si spiega anche con l'impressione suscitata da alcuni casi clamorosi, nei quali gravissime violazioni dei diritti umani (in senso ampio e comprendendo anche le norme sulla tutela della salute e dell'ambiente) sono avvenute a seguito di evidenti complicità tra imprese multinazionali e gli Stati dove esse erano attive. Un caso molto significativo in proposito riguarda le attività petrolifere svolte in Myanmar (già Birmania) da due società transnazionali, una americana (*Unocal Corporation*) e una francese (*Total*). È risultato che le due società si facevano carico degli stipendi di circa 2.400 militari delle forze armate del Myanmar, perché costoro creassero un clima di intimidazione e oppressione nell'area dove si svolgevano le attività di estrazione mineraria, costringendo gli abitanti al lavoro forzato e ricorrendo a uc-

21 L'espressione stessa "responsabilità sociale d'impresa" (*corporate social responsibility*) si fonda sul presupposto che le imprese private e i loro dirigenti non sono soltanto responsabili verso i soci e, quindi, tenuti a preoccuparsi di come accrescere il più possibile i profitti, ma che essi hanno anche una responsabilità di natura diversa nei confronti delle comunità in generale di tutti i paesi ove le società svolgono le loro attività.

22 Per il loro testo cfr. il doc. delle Nazioni Unite E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 del 26 agosto 2003. Circa la loro approvazione cfr. il doc. E/CN.4/Sub.2/2003/43 del 20 ottobre 2003.

23 Cfr. il doc. delle Nazioni Unite A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011.

cisioni, torture, stupri e imprigionamenti arbitrari nei confronti di coloro che fossero riluttanti²⁴.

Se pure il caso di Myanmar costituisce un esempio estremo, resta il fatto che un concorso di responsabilità tra poteri pubblici e società private è spesso evidente. La catastrofe di Bhopal (1984), la più grave sciagura provocata dall'uomo in tempo di pace, si deve alla fuoriuscita di gas tossici da un impianto chimico gestito dalla società indiana UCIL, appartenente al gruppo transnazionale americano *Union Carbide Corporation*. Ma una quota consistente, sia pure di minoranza, delle azioni di UCIL era di proprietà del governo e di enti pubblici indiani e le conseguenze della fuoriuscita di gas tossici da un impianto chimico erano state aggravate dalla tolleranza da parte delle autorità indiane verso il sovraffollamento e le costruzioni abusive esistenti nei pressi dell'impianto stesso e dall'assenza di qualsiasi piano di emergenza da loro predisposto.

É un dato di fatto che le imprese private hanno spesso la capacità di causare impatti dannosi sui diritti umani e la vita di individui. Gli interessi economici delle società private possono costituire un forte incentivo perché lo Stato compia o tolleri più o meno tacitamente gravi violazioni dei diritti umani. Sono proprio l'alleanza tra lo Stato e le società private e il concorso dei relativi interessi i fattori che, in questi casi, producono una pressione che schiaccia inesorabilmente i singoli individui. A seguito della progressiva liberalizzazione su scala mondiale dei movimenti di merci e di capitali, è oggi facile per una società investire in paesi dove il costo del lavoro sia particolarmente basso e le norme sulla tutela dei lavoratori e dell'ambiente particolarmente permissive o addirittura inapplicate o inesistenti. Le merci così prodotte sono poi esportate in altri Stati per la loro vendita sui mercati più redditizi. Un simile circuito ha come risultato, dal punto di vista delle singole società private, la moltiplicazione degli utili, rispetto a quelli che si sarebbero potuti realizzare se l'attività produttiva fosse rimasta nel paese d'origine della società²⁵. Ma,

24 In questo caso le vittime, che evidentemente non avrebbero mai potuto chiedere giustizia ai tribunali birmani per le violazioni dei diritti umani subite, hanno ottenuto nel 2002 una sentenza con la quale una corte americana ha condannato le due società a risarcire loro i danni sofferti (sentenza del 18 settembre 2002 della Corte d'Appello per il Nono Circuito sul caso *John Doe et al. v. Unocal Corporation et al.*, «International Legal Materials», 2002, p. 1367).

25 Ai fini della realizzazione del circuito è importante che, molto diversamente dai capitali e dalle merci, i lavoratori non possano liberamente muoversi dallo Stato dove si trovano. Ma perché i fautori del principio della libera circolazione di capitali e merci non

dal punto di vista dei paesi dove le attività sono collocate, il risultato può essere una corsa alla concorrenza verso il basso, cioè verso un minore livello di tutela dei diritti umani dei lavoratori e degli individui in generale, al fine di attrarre il maggior numero di investimenti esteri. Diversi sono gli strumenti (ad esempio, la creazione di società controllate o la conclusione di contratti con fornitori e sub-fornitori) che le società private hanno a disposizione per abusare del proprio peso economico e della propria dimensione transnazionale al fine di ottenere vantaggi eticamente e giuridicamente ingiusti, collocando le loro attività in un determinato paese (magari in un paese dove lavorano i bambini o le donne in avanzato stato di gravidanza o dove le norme sulla protezione dell'ambiente non sono osservate).

Sono, in questi casi, evidenti le responsabilità non solo morali, ma anche giuridiche, delle imprese, che dovrebbero comunque essere costrette a osservare le norme di legge degli Stati ove operano e, se tali norme fossero insufficienti, ad adeguarsi a livelli generalmente accettati di tutela dei lavoratori e della persona umana in generale. Tuttavia, per quanto essa sia comprensibile alla stregua di evidenti dati di fatto, sussistono dubbi sull'utilità di una costruzione logica che si discosta dalla fondamentale nozione di diritti umani, intesi come norme che mirano a tutelare gli individui dagli abusi commessi a loro danno esclusivamente da parte di coloro che esercitano il potere pubblico, cioè dagli individui che rappresentano lo Stato²⁶.

In realtà, le norme sulla tutela dei diritti umani possono essere già in partenza viste come norme che obbligano lo Stato non solo a "rispettare", ma anche a "far rispettare" i diritti riconosciuti agli individui. Per fare un esempio, gli obblighi esistenti in tema di lavoro forzato impongono allo Stato non solo di non sottoporre direttamente gli individui a tale tipo di lavoro, ma anche a intervenire per prevenire o reprimere con strumenti giuridici efficaci di natura penale, civile, amministrativa e processuale il fatto che imprese private che operano sul suo territorio si avvalgano di forme di lavoro forzato.

Più che configurare obblighi in tema di diritti umani gravanti direttamente sulle imprese (strada che, nonostante le buone intenzioni, ha finora prodotto soltanto esortazioni di principio), sembrerebbe opportuno seguire un'altra direzione di futuro sviluppo normativo, cioè quella di raddoppiare il numero degli Stati che, nei casi di esportazioni di rischi, violenze e sfruttamento, sono

sostengono altrettanto entusiasticamente il principio della libera circolazione dei lavoratori?

²⁶ *Supra*, par. 3.

chiamati a rispondere di violazioni di diritti umani. Oltre allo Stato dove l'impresa opera, potrebbe essere ritenuto responsabile anche lo Stato di origine dell'impresa che controlla le attività svolte e che ne percepisce gli utili. Se, ad esempio, un'impresa italiana riscuotesse vantaggi economici avvalendosi di fornitori o sub-fornitori che, in un paese del Terzo Mondo, producono beni ricorrendo al lavoro forzato, dovrebbe essere possibile ai lavoratori vittime di questo abuso ricorrere alla Corte Europea dei Diritti Umani per sentire condannare l'Italia per la violazione di una ben precisa norma della Convenzione Europea (art. 4, par. 2) e ottenere un'equa soddisfazione per la violazione subita.

In fondo, in casi come questo, la pressione che schiaccia inesorabilmente i singoli individui è dovuta all'alleanza non di due, ma di tre complici: alle imprese private e allo Stato dove esse operano, si aggiunge anche lo Stato dove gli utili sono percepiti.

FIGURE

“CHIARO E OSCURO” DEI DIRITTI UMANI ALLA LUCE DEL PROCESSO DI GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Roberto Bartoli

1. *Due brevi premesse*

La prima, di tipo – per così dire – “concettuale”: all’interno di queste mie riflessioni adotterò un’accezione rispettivamente molto ristretta e molto ampia delle espressioni “lato chiaro” e “lato oscuro” dei diritti umani. In particolare, con la prima espressione farò riferimento alla circostanza che i diritti umani svolgono una funzione di limite all’esercizio della forza da parte del potere pubblico e quindi di garanzia della persona contro i possibili abusi dello Stato; con la seconda farò riferimento al fatto che i diritti umani possono svolgere una funzione diversa che entra in tensione con, o addirittura contraddice, tale funzione di limite e garanzia, potendosi in siffatta prospettiva distinguere funzioni assai differenti a cui corrispondono differenti gradazioni di oscurità, che vanno dal crepuscolo del tramonto fino alla notte più buia dei diritti umani.

La seconda premessa riguarda una convinzione di fondo destinata ad avere ricadute sulle modalità con cui affronterò i diversi lati chiari e oscuri dei diritti umani. A ben vedere, parlare di diritti umani in sé e per sé non ha molto senso, dovendosi piuttosto preliminarmente definire il contesto istituzionale e ordinamentale di riferimento. Così, ad esempio, parlare di diritti umani in un contesto statutario-legalista di stampo ottocentesco oppure costituzionale post-moderno ha conseguenze di grandissima rilevanza, sia per quanto riguarda l’efficacia della funzione di garanzia svolta dai diritti, sia per quanto riguarda i possibili risvolti oscuri. Ecco allora che rispetto ad ogni profilo di chiarezza od oscurità cercherò di mettere in evidenza soprattutto il ruolo assunto dalla giurisdizione, e cioè dal costituzionalismo moderno del secondo dopoguerra, per quanto riguarda l’ambito nazionale, e, in ambito internazionale, dal più generico, nonché più complesso e articolato, fenomeno di giurisdizionalizzazione del diritto. E ciò nella piena consapevolezza che tali aspetti

hanno segnato una vera e propria svolta nella concezione e nell'operatività dei diritti umani: com'è stato efficacemente notato, «l'effetto della costituzionalizzazione dei diritti non è l'annullamento della distanza fra enunciazione e realizzazione: è piuttosto la dislocazione della medesima dialettica in un differente *frame*, determinato dalle nuove coordinate»¹. E questa trasformazione del contesto, come vedremo, genera notevoli ripercussioni proprio sul lato chiaro od oscuro dei diritti umani, consentendo a volte di vincere l'oscurità, altre volte mutando l'intensità delle gradazioni, altre volte ancora creando inediti lati oscuri rispetto ai quali è opportuno gettare nuova luce.

2. Diritti umani e sovranità

Il primo lato oscuro dei diritti umani si sviluppa all'interno del campo di tensione tra diritti e sovranità. È noto come i diritti nascano quali strumenti di tutela contro la nuda forza, la violenza, le prevaricazioni. Agli albori della prima modernità (si pensi alle guerre di religione) si può parlare di una generica esigenza di tutela contro i nemici interni ed esterni alla comunità. E per soddisfare tale esigenza si ricorre al sovrano. Tuttavia nel tempo la sovranità si rivela non solo il soggetto (la forza) che difende, ma anche il soggetto da cui ci si deve difendere, e ciò vale quale che sia il suo titolare, il monarca assoluto oppure il popolo². Tant'è vero che la stessa alleanza ottocentesca tra democrazia, diritti e legalità, nata proprio per difendere i diritti dai possibili abusi del pubblico potere, si rivela fin da subito uno strumento ancora una volta capace di offenderli, sia grazie a un doppio livello di legalità che distingue tra regola rispettosa dei diritti ed eccezione che li viola³, sia attraverso la capacità autodistruttiva insita nello stesso meccanismo democratico, per cui risultano del tutto legittime scelte autoritarie o dispotiche, addirittura definitive, adottate attraverso la logica maggioritaria. In sostanza, la storia ci ha insegnato come il "sovrano" latamente inteso possa esercitare il proprio potere contro

1 P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in questo volume, p. 47.

2 P. Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, «Enciclopedia del diritto», Annali II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 373, 374, 385. Nello stesso senso cfr. D. Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, in questo volume, p. 7.

3 In argomento si v. le magistrali pagine di M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 592 ss.

i diritti, utilizzando spesso proprio la tutela dei diritti come argomento per giustificare la loro violazione.

Ebbene, rispetto a questo lato oscuro dei diritti umani la giurisdizione ha svolto un ruolo assai diverso, a seconda che si tratti della prospettiva nazionale o internazionale. Sotto il primo profilo, la costituzionalizzazione dei diritti umani ha comportato un autentico contenimento del pubblico potere e della forza da esso monopolizzata, determinando addirittura un sostanziale superamento di questo lato oscuro: grazie alla giustiziabilità delle leggi, il “politico” è oggi limitato dal diritto e i diritti umani sono divenuti l’argine inderogabile da contrapporre all’utilizzo della forza da parte dello Stato. Ancora più a fondo, si deve notare poi come all’interno dello Stato costituzionale si sia trasformato lo stesso concetto di sovranità, per cui si è passati dal dominio verticale del principio della sovranità politica all’idea “orizzontale” di una convivenza e di un equilibrio tra pluralità di forze, dove proprio la giurisdizione è destinata ad assumere un ruolo fondamentale, essendo capace di stemperare e bilanciare le pretese che altrimenti tenderebbero ad imporsi in modo unilaterale⁴.

D’altra parte, si deve osservare come in realtà, anche in un contesto costituzionale rigido e giurisdizionale come quello attuale, torni a presentarsi il rischio di un lato oscuro dei diritti umani, allorquando si creano situazioni di emergenza che danno luogo alla dichiarazione (più o meno esplicita) dello stato d’eccezione, e ciò per la semplice ragione che l’eccezione, proprio in quanto eccezione, può portare alla deroga della regola dei diritti, sempre con l’argomentazione della finalità di tutelarli. Si pensi in particolare al fenomeno del terrorismo internazionale, il quale presenta due aspetti altamente critici: da un lato, si tende a compromettere i diritti fondamentali dei cittadini al fine di garantire la sicurezza; dall’altro lato, non si esita ad ammettere la violazione dei diritti umani del terrorista, là dove si ritiene necessario per la tutela dei cittadini.

Tuttavia, ancora una volta il contesto costituzionale ha tutti gli anticorpi per impedire il sovvertimento del sistema, perché consente di ricondurre l’eccezione sotto il controllo della Corte costituzionale. Ed infatti, rispetto a quest’ultimo profilo, si può distinguere tra modelli di eccezione a due, basati sull’eccezione e su una sola regola, ragion per cui l’eccezione, derogando

4 Sul punto v. per tutti M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pp. 31 ss.

a tale regola, apre inevitabilmente uno spazio nella sostanza privo di limiti; e modelli di eccezione a tre, basati sull'eccezione e su due regole, nel senso che l'eccezione che deroga alla regola a sua volta risulta essere sottoposta a un'altra regola stavolta inderogabile⁵. Ebbene, mentre l'eccezione a due è consentanea a un modello costituzionale flessibile, al contrario l'eccezione a tre è propria del costituzionalismo moderno⁶. E un esempio significativo di come le Corti costituzionali moderne siano state in grado di fronteggiare le situazioni di emergenza ponendo limiti agli "eccessi" del politico è offerto dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, che, attraverso una serie di sentenze pronunciate dopo alcuni provvedimenti legislativi ed esecutivi adottati nella lotta al terrorismo internazionale, ha riaffermato il primato dei diritti inderogabili che erano stati violati⁷.

Per comprendere ciò che accade sul piano internazionale, si deve muovere dal fatto che l'intrinseca universalità dei diritti umani spinge nel senso di una universalità di tutela che trascende la territorialità della violazione attraverso soprattutto la costituzione di un sistema di giustizia internazionale. Tuttavia, un lato oscuro dei diritti umani si può manifestare proprio all'interno della stessa logica giurisdizionale internazionale, nel momento in cui il suo esercizio risulta parziale, unilaterale e selettivo, determinandosi nella prima ipotesi addirittura una diretta violazione di quei diritti umani aventi caratteri giurisdizionale e nelle altre due la mancata tutela dei diritti violati con la realizzazione dei crimini.

In particolare, in ordine all'imparzialità, non sono mancati episodi in cui il giudice ha coinciso con soggetti che appartenevano allo schieramento vin-

5 In argomento sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, EUM, 2011, pp. 177 ss.

6 Sul punto si v. M. R. Ferrarese, *Lo stato di eccezione nella globalizzazione*, «Democrazia e diritto», 2002, p. 152; G. Vassalli, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, ESI, 2009, pp. 31 ss.; A. Barak, *Lectio magistralis. I diritti fondamentali in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, *ivi*, pp. 37 ss. G. M. Flick, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 783 ss.

7 In argomento v. per tutti F. Fabbrini, *Silent enim leges inter arma? La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia europea nella lotta al terrorismo*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2009, pp. 591 ss.

cente, come nel caso dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo, istituiti *ad hoc* dalle forze vincitrici e composti da membri nominati dai loro governi, con esclusione non solo della parte sconfitta, ma anche degli Stati neutrali. Inoltre, in termini ancora più deprecabili, non sono mancate occasioni in cui le forze vincitrici di un conflitto si sono avvalse di giurisdizioni nazionali affinché fosse amministrata la giustizia dei vincitori, come nel caso del processo e della esecuzione della pena capitale nei confronti di Saddam Hussein. Sotto il secondo profilo della unilateralità, vi sono state vicende in cui sono stati perseguiti i crimini di una sola parte, nonostante vi fossero gli estremi per perseguire anche quelli dell'altra, come nel caso dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo "per legge" e "di fatto" nel caso del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia. Infine, rispetto alla selettività, non si comprende la ragione per cui all'interno del panorama internazionale si siano create giurisdizioni *ad hoc* soltanto per alcuni conflitti trascurando completamente altri.

3. Diritti umani e forza legittimante/delegittimante

I diritti umani da sempre svolgono una funzione di legittimazione di coloro che li affermano e a tale funzione legittimante corrisponde una funzione di energica delegittimazione di coloro che non sono stati in grado di appropriarsi con altrettanta forza della retorica dei diritti⁸.

A dire il vero, all'interno di una dimensione avaloriale, vale a dire all'interno di una contrapposizione tra amico e nemico in cui non si va a sindacare la legittimità della posizione assunta dai contendenti, proprio perché "i valori non hanno valore", la dinamica legittimante-delegittimante non opera, con la conseguenza che il conflitto tende ad autolimitarsi sia durante il suo svolgimento, sia dopo la sua cessazione⁹.

Al contrario, è all'interno di una dimensione valoriale in sé e per sé consi-

8 Sul punto v. per tutti C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008, *passim*.

9 A me pare essere questo il significato ultimo dei tanto discussi saggi di C. Schmitt, *Il concetto di "politico"*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 101 ss., dove si afferma che «la logica di valore e disvalore dispiega tutta la sua devastatrice consequenzialità e costringe a creare sempre nuove e più profonde discriminazioni, criminalizzazioni, svalutazioni, fino all'annientamento di ogni vita indegna di esistere» (p. 131); Id., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Milano, Adelphi, 2005, *passim*.

derata, sviluppatasi tuttavia in un contesto privo di giurisdizione e terzietà, che si crea un campo di tensione tra forza legittimante e forza delegittimante. Il valore, in quanto valore, tende, com'è noto, ad una affermazione assoluta e «quando si combatte in nome di ciò che ha un valore assoluto chi viene combattuto è assolutamente privo di valore, viene dichiarato disvalore assoluto»¹⁰. E questa tendenza ad una affermazione assoluta si manifesta in termini ancora più radicali proprio in presenza dei diritti umani, in virtù del loro particolarissimo valore:

proclamare il concetto di umanità, richiamarsi all'umanità, monopolizzare questa parola: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto [...] la terribile pretesa che al nemico va tolta la qualità di uomo, che esso dev'essere dichiarato *hors-la-loi* e *hors-l'humanité* e quindi che la guerra dev'essere portata fino all'estrema inumanità¹¹.

Come esempi, sul piano nazionale, si pensi alle lotte per i diritti nelle diverse fasi storiche che precedono l'entrata in vigore delle Costituzioni rigide; sul piano internazionale, si consideri il concetto di "guerra giusta", all'interno del quale si tende a criminalizzare il combattente legittimo fino all'annientamento del nemico assoluto e a non porre limiti temporali e spaziali al conflitto.

Ebbene, non c'è dubbio che il costituzionalismo moderno ha finito per stemperare se non addirittura annullare questo lato oscuro dei diritti umani. Ed infatti, nel momento in cui i diritti umani sono divenuti il nucleo centrale su cui si fonda il patto costituente, essi sono stati sottratti all'agone politico per essere collocati in uno spazio in cui "non si vota" e quindi hanno cessato di essere gli strumenti di legittimazione/delegittimazione per divenire i pilastri fondativi della convivenza pacifica. La conflittualità politica si è quindi spostata su altri valori non fondanti oppure, come vedremo meglio in seguito, ha ad oggetto il modo in cui si concepisce la gerarchia dei valori fondamentali, ma si tratta pur sempre di una conflittualità che si sviluppa all'interno di uno spazio di reciproca legittimazione.

D'altra parte, anche all'interno del contesto costituzionale moderno può riproporsi la forza delegittimante dei diritti umani allorquando il patto costituente entra in tensione con espressioni culturali che possono non riconoscersi in tale patto. Ciò accade, ad esempio, con il fenomeno del multi-

10 A. de Benoist, *Terrorismo e "guerre giuste"*, Napoli, Guida, 2007, p. 27.

11 Schmitt, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 139.

culturalismo. Il multiculturalismo, infatti, è diverso dal pluralismo¹²: mentre quest'ultimo poggia su valori fondanti comuni, diversamente il multiculturalismo si caratterizza per la mancanza di questi valori fondanti comuni, in quanto le culture si presentano come sistemi di valori e visioni del mondo nella sostanza alternativi e per certi aspetti addirittura incompatibili. Ecco allora che in tale contesto nuovamente conflittuale in ordine ai fondamenti, i diritti umani tornano ad assumere un ruolo legittimante/delegittimante con tutto ciò che ne consegue. Tuttavia si deve osservare come ancora una volta lo stesso costituzionalismo moderno abbia in sé gli antidoti per stemperare questa nuova forma di lato oscuro. Si tratta dello strumento della democrazia dialogica, che consente una dialettica e quindi una interazione anche là dove si tratta di differenti visioni di fondo. Antidoti che tuttavia possono esplicare la loro efficacia soltanto se si realizza un effettivo allargamento delle procedure democratiche di partecipazione non solo attraverso la costituzione di strumenti che danno voce alle diverse culture, come ad esempio le consulte locali o nazionali per gli stranieri, ma soprattutto mediante la possibilità di accesso delle minoranze culturali alle sedi politiche istituzionali.

Per quanto riguarda la dimensione internazionale, il discorso sta in termini assai diversi, poiché l'ingresso della prospettiva valoriale non è stato accompagnato dall'affermazione di un'autentica forza giurisdizionale capace di "limitare" il conflitto¹³. Da qui non solo lo svilupparsi di un innegabile fenomeno di imperialismo dei diritti umani, alludendo con ciò al fatto che la cultura occidentale tende a considerare universale – e che quindi non si può non condividere – una lettura del tutto parziale e unilaterale dei diritti umani. Ma soprattutto, da qui, il ripresentarsi del concetto di "guerra giusta"¹⁴. Più precisamente, quando si fronteggiano potenze che si pongono su un piano avvaloriale, la guerra finisce per assumere le caratteristiche di una sorta di duello dove gli "sfidanti" si limitano per l'appunto a combattere, con la conseguenza che l'atto di aggressione non si fa portatore di istanze valoriali e quello di mera partecipazione alla guerra non può che essere considerato un atto lecito. Quando invece la guerra è realizzata tra Stati che si trovano in una posizione

12 In argomento si v. le lucidissime pagine di G. Zagrebelsky, *Una riflessione sul multiculturalismo*, «I diritti dell'uomo», 2007, pp. 8 ss.

13 In argomento si v. D. Pulitanò, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, «Questione giustizia», 2007, p. 80; G. Zagrebelsky, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 778.

14 Si v. ancora C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, *passim*; nonché Id., *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2008, *passim*.

di alterità valoriale, si aprono due possibilità: o si crea un sistema di valori comuni e al contempo un potere giurisdizionale deputato a risolvere il conflitto oppure è lo stesso conflitto a giurisdizionalizzarsi, con la conseguenza che, in quest'ultima ipotesi, lo *jus ad bellum* e lo *jus in bello* si trasformano: il primo legittima anche la guerra preventiva e l'intervento umanitario¹⁵; il secondo assume i connotati di un "diritto" orientato alla criminalizzazione del nemico, potendosi giungere alla configurazione di strumenti di totale annientamento del nemico, là dove uno Stato o una pluralità di Stati hanno il monopolio valutativo e dispongono di mezzi bellici superiori. E, in assenza dell'affermarsi di una dimensione internazionale autenticamente giurisdizionale, il concetto di "guerra al terrorismo" elaborato dopo l'11 settembre del 2001 si è mosso e si muove proprio in quest'ultima direzione¹⁶.

4. Diritti umani tra universalismo e particolarismo

I diritti umani hanno in sé la forza di parificare e al contempo di discriminare. Dietro alla questione dei diritti umani v'è infatti un problema di eguaglianza: riconoscere diritti a tutti gli uomini in quanto appartenenti alla specie umana. Ma ogni volta che entra in gioco l'eguaglianza si pone il problema della individuazione del criterio/parametro alla luce del quale valutare la somiglianza e la dissomiglianza. Se da un lato ci si deve orientare verso il parametro meno selettivo e più includente, verso l'uomo meno caratterizzato e connotato, dall'altro lato intervengono valutazioni e apprezzamenti volti a valorizzare connotati specifici. Ancor più in dettaglio si può parlare di una tendenza a universalizzare il particolare allorché un carattere specifico viene assunto a criterio universale che apparterrebbe a tutti gli uomini oppure di una tendenza a particolarizzare l'universale, allorché, dopo aver assunto un criterio universale si tendono a introdurre limiti all'universale alla luce di alcuni caratteri peculiari. Da qui un movimento dei diritti umani incessante e soggetto all'alternarsi della pressione di istanze universalistiche e particolaristiche.

15 In argomento v. L. Scuccimarra, *L'eccezione umanitaria. Sovranità territoriale e diritto di intervento nel dibattito sul "new global order"*, in Meccarelli, Palchetti, Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione* cit., pp. 141 ss.

16 Sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, Jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 67 ss.

Ebbene, un fenomeno di universalizzazione del particolare tende a svilupparsi soprattutto nel contesto internazionale e si è già incontrato là dove si è accennato all'imperialismo "occidentale" dei diritti umani.

Un fenomeno di particolarizzazione dell'universale è riscontrabile invece all'interno del costituzionalismo moderno, allorquando, dopo aver assunto come parametro l'uomo, si tende tuttavia ad attribuire rilevanza ad alcune peculiarità differenzianti che nella sostanza costituiscono dei limiti all'universale. Così ad esempio è noto come nella giurisprudenza costituzionale vi sia la tendenza a distinguere tra titolarità formale ed effettivo godimento dei diritti da parte dello straniero. E se tale distinzione viene respinta rispetto ad alcuni diritti umani come il diritto alla vita, la libertà personale, il diritto alla salute, altre volte invece viene adottata in assenza però di una plausibile giustificazione, come nel caso della limitazione del diritto alla giurisdizione dello straniero¹⁷. Tuttavia, com'è stato notato

la distinzione tra titolarità e godimento, traducendosi in un sindacato di ragionevolezza implicante un bilanciamento tra beni e valori, si rivela, sul terreno dell'accesso alla tutela giurisdizionale, del tutto impraticabile, in quanto [citando A. Pugiotto] «le diverse garanzie nelle quali la tutela giurisdizionale concreta si declina [...] non possono che restare fuori da un bilanciamento legislativo con altri beni o valori di pubblico interesse¹⁸.

In buona sostanza, nonostante il riconoscimento di un nucleo di diritti inviolabili comuni a tutti gli uomini e teso a dissolvere le differenze tra cittadini e non cittadini¹⁹, tuttavia permangono ancora resistenze ad ispirarsi a un'autentica visione universalistica.

5. *Il bilanciamento fra diritti umani. I tentativi di "sovertimento" del sistema*

È a tutti noto come nella prima fase del costituzionalismo del secondo dopo-

17 V. per tutte Corte cost., sentenza 222/2004.

18 A. Caputo, *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice*, «Questione giustizia», 2010, pp. 178 s.; A. Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, «Diritto e società», 2009, pp. 525 ss.

19 In argomento cfr. V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, «Diritto e società», 2009, pp. 537 ss.

guerra i diritti fondamentali siano stati assunti nella loro accezione e funzione di limite al potere, in una prospettiva garantista²⁰. In tale fase si era ancora in presenza di una *lotta per i diritti* che il costituzionalismo moderno ha consentito di vincere eliminando tutte quelle fattispecie che incriminavano proprio l'esercizio di alcuni diritti.

Nella seconda fase del costituzionalismo moderno il discorso si è notevolmente complicato perché si è venuto creando un vero e proprio *conflitto fra diritti*, aprendosi così il tema del bilanciamento, all'interno del quale hanno preso forma nuovi lati oscuri del tutto inediti. In particolare, ci si è resi conto che, in presenza di una concezione pluralista della democrazia, la tensione che si può creare tra i diritti, compresi quelli umani, si presta a una pluralità di interpretazioni e risoluzioni assai divergenti, potendosi considerare l'idea di un'unica lettura rigida valida per tutti una negazione di tale concezione pluralista.

In particolare, sono tre i profili oscuri che meritano attenzione. Anzitutto, i tentativi di "sovvertimento" del sistema che possono essere realizzati mediante la vera e propria invenzione di diritti privi di fondamento da inserire all'interno del bilanciamento oppure attraverso la giustificazione di aggressioni ai diritti individuali, quando tuttavia si tratta di giustificazioni del tutto implausibili. In secondo luogo, un lato oscuro può essere considerato l'assolutizzazione della tutela di alcuni diritti a totale discapito di altri, quando invece si tratta di diritti che devono essere posti in bilanciamento. Infine, oscura è anche la relativizzazione, il bilanciamento di alcuni diritti che invece devono avere una tutela assoluta.

Per quanto riguarda il primo profilo, si pensi anzitutto alla questione del "diritto alla sicurezza" emersa di recente ancora una volta a seguito del fenomeno del terrorismo²¹. Ed infatti la lotta al terrorismo, soprattutto se internazionale, ha indotto ad elaborare il "diritto fondamentale" alla sicurezza degli

20 V. per tutti F. Palazzo, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 585 ss.

21 Sui rapporti tra diritto penale e sicurezza si v. W. Hassemer, *Sicurezza mediante diritto penale*, «Critica del diritto», 2008, 15 ss.; M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, «Cassazione penale», 2008, pp. 3558 ss.; D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 547 ss.; A. Cavaliere, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, «Critica del diritto», 2009, pp. 43 ss.; nonché i numerosi contributi pubblicati in M. Donini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

individui nel tentativo di legittimare azioni di contrasto che potessero andare a compromettere altri diritti fondamentali. D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come un siffatto diritto ponga non pochi problemi di legittimità. Parlare infatti di un diritto fondamentale alla sicurezza dei cittadini significa in realtà mascherare con le sembianze del diritto ciò che rappresenta la nuda forza che i diritti fondamentali cercano di contenere. Soprattutto se tale diritto viene concepito come una sorta di presupposto fondamentale di tutti gli altri diritti, per cui non possono esserci diritti senza sicurezza. In questa prospettiva, la sicurezza diviene un concetto nella sostanza onnivoro, destinato a fagocitare lo spazio occupato dagli altri diritti. Si tratta quindi di un rovesciamento del sistema, per cui mentre la regola è che autorità e cittadini si fronteggiano nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra gli obiettivi dell'autorità e le garanzie del cittadino, attraverso il diritto alla sicurezza si viene a determinare una nuova regola secondo la quale le istanze di garanzia dei cittadini vengono riassorbite all'interno dell'autorità.

In secondo luogo, un sovvertimento del sistema si potrebbe avere allorché si ritenesse applicabile lo schema del soccorso di necessità a tutta una serie di ipotesi in cui a risolvere il conflitto tra beni è lo stesso pubblico potere, come nel caso dell'abbattimento dell'aereo gremito di civili lanciato contro un palazzo abitato da altri civili. Al di là del fatto che il rapporto tra le forme di esercizio del potere e i diritti inviolabili non può essere disciplinato da una clausola generale come quella dello stato di necessità, dovendosi richiedere piuttosto una disciplina legislativa dettagliata che sappia esprimere compiutamente il bilanciamento tra gli interessi in gioco²², sono due i profili che meritano particolare attenzione.

Da un lato, si deve ribadire con forza che un soccorso di necessità giustificante può trovare applicazione soltanto nelle ipotesi in cui il bene salvato sia superiore a quello sacrificato e non anche nell'ipotesi in cui bene salvato e bene sacrificato siano equivalenti, e ciò per la semplice ragione che, nell'attribuire al soccorritore un potere di salvezza destinato a sacrificare i beni del terzo innocente, tuttavia non si può trasformarlo in una sorta di arbitro indiscutibile del destino altrui, ponendosi così l'esigenza di un limite, consistente per l'appunto nella rilevanza inferiore del bene sacrificato²³. Dall'altro lato,

22 In argomento si v. F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, pp. 1058 s.

23 Nella manualistica v. G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giapichelli, 2011, p. 306.

in termini ancor più trancianti, si deve ritenere che il soccorso di necessità giustificante può operare soltanto se soccorritore è un soggetto privato, non anche se è un pubblico potere²⁴. Se infatti è ammissibile che, nel rispetto del limite del rango inferiore del bene sacrificato, davanti ai beni di due soggetti privati sia un altro soggetto privato a scegliere quale salvare, assumendo così il potere pubblico un atteggiamento di sostanziale indifferenza; al contrario, non è ammissibile che tale scelta sia compiuta dallo Stato, in quanto esso stesso si renderebbe artefice di un'inammissibile strumentalizzazione, anche nell'ipotesi in cui il bene sacrificato abbia rango inferiore a quello salvato.

Concludendo, è interessante osservare come questi due tentativi di sovvertimento del sistema siano stati – per così dire – sventati ancora una volta dall'intervento di organi giurisdizionali. Così, ai Governi che ritengono plausibile lasciar soccombere il diritto fondamentale espresso dall'art. 3 CEDU rispetto alle esigenze di sicurezza dei propri cittadini, la Corte europea dei diritti dell'uomo, se non ha mai avuto il coraggio di smontare il concetto di sicurezza come diritto, tuttavia ha sempre risposto negando la possibilità di qualsiasi bilanciamento, in virtù del carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti²⁵.

Inoltre, con riferimento allo stato di necessità pubblico, nel 2006 la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato costituzionalmente illegittima la c.d. legge sulla sicurezza aerea nella parte in cui, in presenza di alcuni presupposti, autorizzava il Ministro della difesa tedesco a ordinare all'aeronautica militare l'abbattimento di un aereo civile impiegato contro la vita di esseri umani, argomentando che non può esservi alcun bilanciamento che possa giustificare il sacrificio della vita di passeggeri innocenti a favore della vita delle altrettanto innocenti possibili future vittime dell'attentato terroristico²⁶.

24 Nello stesso senso cfr. De Francesco, *Diritto penale* cit., p. 300.

25 Si v. in argomento il caso Saadi c. Italia e le considerazioni di B. Concolino, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2008, pp. 1109 ss.

26 Bundesverfassungsgericht, sentenza del 15.2.2006 – 1 BuR 3571. Per la disamina dell'intera vicenda cfr. D. Siciliano, *L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto (La situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)*, «Questione giustizia», 2008, pp. 173 ss. Per una quadro più ampio della giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di terrorismo cfr. J. Luther, *L'antiterrorismo giuridico nell'esperienza tedesca*, in M. Cavino, M. G. Losano, C. Tripodina (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 81 ss.

5.1 Assolutizzazione dei diritti “negoziabili” e bilanciamento dei diritti “non negoziabili”

Sotto il profilo della “indebita” assolutizzazione della tutela di alcuni diritti, si deve osservare come molto spesso il conflitto fra diritti sia risolto dando totale prevalenza a uno rispetto a un altro. Così di recente si è aperto il conflitto fra il diritto alla vita (bene ritenuto indisponibile) e la libertà personale di autodeterminazione (bene ritenuto inviolabile) e non sono mancati orientamenti “estremisti” volti a considerare illegittimo il rifiuto di cure c.d. vitali, ammettendo quindi un intervento costringitivo finalizzato al mantenimento in vita, oppure all’opposto riconoscendo un vero e proprio diritto di morire.

La questione, com’è noto, è molto complessa²⁷ ed io vorrei provare ad impostarla così. Diritto alla vita e diritto di autodeterminazione sono due diritti che vengono in gioco in presenza di aggressioni/interferenze da parte di soggetti terzi, nel senso che un’esigenza di tutela si pone quando la morte o l’offesa alla propria libertà di autodeterminazione derivano dal comportamento di un terzo. Al contrario, quando vita ed incolumità non sono minacciate dall’aggressione/interferenza di terzi, non solo non c’è alcun dubbio che esse sono nella piena disponibilità del loro titolare, ma addirittura prospettare un loro bilanciamento senza tener conto della volontà del soggetto significa alterare la funzione del diritto alla vita e della libertà personale, nati per difendersi dai terzi. Ecco allora che, allorquando la morte derivi da un decorso naturale in totale assenza di un intervento di terzi, non solo non si pone un’esigenza di tutela della vita, ma l’intervento del terzo finalizzato a tutelare la vita realizza una vera e propria violazione della libertà di autodeterminazione. In buona sostanza, è in presenza dell’interferenza di un terzo che autodeterminazione e vita si collocano sui diversi piatti della bilancia, mentre in assenza di tale interferenza i diritti si trovano dalla stessa parte, con la conseguenza che porre in bilanciamento il diritto alla vita e la libertà di autodeterminarsi all’interno di un contesto in cui non c’è un’aggressione da parte di terzi, significa legittimare, ai fini della tutela della vita che in realtà non subisce un’aggressione

27 Oltre a Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale* cit., in argomento, da posizioni diverse, si v. S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, «Diritto penale e processo», 2007, pp. 1561 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sul caso Eluana Englaro*, *ivi*, 2008, pp. 1035 ss.; L. Risicato, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*; G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, «Foro italiano», 2009, V, c. 227 ss.; F. Mantovani, *Autodeterminazione e diritto penale*, «Archivio giuridico “Filippo Serafini”», 2011, pp. 33 ss.

da parte di terzi, un'aggressione offensiva da parte di terzi alla libertà di autodeterminarsi.

Infine, un altro profilo oscuro insito nella ponderazione fra diritti si ha nell'ipotesi in cui si tende a bilanciare ciò che invece non può essere bilanciato. Un esempio è offerto dal recente dibattito sviluppatosi in tema di tortura²⁸, e al quale abbiamo già accennato. È bene precisare che tale questione differisce in parte dal tema del soccorso di necessità, in quanto il soggetto che dovrebbe essere sottoposto a tortura (ad es. il terrorista) è in qualche modo artefice e responsabile dell'aggressione che si deve sventare. Ebbene, al di là delle singole argomentazioni che sono state utilizzate per giustificare la tortura, non c'è dubbio che la relativizzazione del divieto della tortura determinerebbe necessariamente la fine dello Stato di diritto e l'inizio di uno Stato nella sostanza autoritario. Ed infatti, ciò che caratterizza lo Stato di diritto è proprio la presenza di diritti inderogabili davanti ai quali la forza pubblica non può che arrestarsi quale che sia la ragione del suo esercizio: è l'uomo in quanto tale, in sé e per sé considerato, che risulta assolutamente intangibile, con la conseguenza che ammettere la violazione dei diritti umani non significherebbe altro che minare e distruggere dall'interno lo Stato di diritto che si vorrebbe difendere.

Concludendo, si deve osservare come oggi, ancora una volta, a questi lati oscuri dei diritti umani siano gli organi giurisdizionali a contrapporre un lato chiaro. In particolare, per quanto riguarda il tema del fine vita, è noto come la giurisprudenza, in diretta applicazione dei principi derivanti dalla Costituzione e da fonti internazionali, abbia riconosciuto il diritto di rifiutare le cure, non tanto perché la libertà di autodeterminazione prevalga sulla vita,

28 In argomento, nel senso dell'ammissibilità cfr. A. M. Dershowitz, *Terrorismo. Capire la minaccia, rispondere alla sfida*, Roma, Carocci, 2003, *passim*; W. Brugger, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, «Der Staat», 1996, pp. 67 ss.; Id., *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, in P. Nitschke (a cura di), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Vorortung*, Bochum, Kamp, 2005, pp. 107 ss. Per l'inammissibilità v. P. Gaeta, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, «Journal of International Criminal Justice», 2004, pp. 785 ss.; T. Scovazzi, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, «Rivista di diritto internazionale», 2006, pp. 905 ss.; E. Bea, *Il divieto della tortura rimesso in discussione*, «Ragion pratica», 2009, pp. 133 ss. In prospettiva storica v. M. La Torre, «*Giuristi, cattivi cristiani*». *Tortura e principio di legalità*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, 2007, tomo II, pp. 1331 ss.; M. L. Costerbosa, *Per una storia critica della tortura*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, pp. 3 ss.

ma piuttosto perché è tale libertà ad essere posta in pericolo da terzi, mentre la vita risulta minacciata – per così dire – soltanto dal naturale decorso dei procedimenti biologici. In ordine al divieto di tortura, come già visto, la Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nel qualificare tale principio assoluto ed inderogabile²⁹.

6. *Diritti umani e scelte di criminalizzazione*

Se, come accennato, originariamente i diritti umani erano assunti con un ruolo di limite al potere punitivo, oggi essi costituiscono anche degli oggetti di tutela alla protezione dei quali deve estendersi il diritto penale. In questo ambito, il lato oscuro non è tanto l'espansione della tutela in sé e per sé, quanto piuttosto una sua particolare direzione.

Ed infatti, non deve meravigliare più di tanto e non genera particolari inconvenienti la circostanza che, in virtù di una sorta di personalizzazione della tutela penale, si tenda ad incrementare il numero delle fattispecie incriminatrici a tutela di beni ed aspetti che attengono alla persona e alla personalità umana, anche perché si tratta di una tendenza assolutamente coerente con una visione personalistica della tutela³⁰. Alla stessa stregua, eventuali obblighi di penalizzazione finalizzati alla tutela di diritti umani non creano particolari problemi, per la semplice ragione che un'esigenza di tutela dei diritti umani si pone da sé, proprio in virtù del loro carattere universale.

Le cose stanno diversamente allorché si assiste a una sorta di spiritualizzazione, idealizzazione, come anche intensificazione della tutela, nel senso che ciò che si intende prevenire non è tanto l'offesa a un bene giuridico che passa attraverso la persona in carne ed ossa, quanto piuttosto l'offesa a una sorta di valutazione ideale che si proietta sulla persona che s'intende tutelare. In questa prospettiva si pensi al concetto di dignità umana e alla sua capacità di idealizzare la tutela. La dignità, infatti, non pone problemi particolari se riferita a una vittima determinata e se è connessa ad alcune particolari modalità della condotta. Si pensi alle nuove forme di riduzione in schiavitù non più basate su una vera e propria limitazione assoluta della libertà personale ma sulla creazione di uno stato di soggezione che, pur lasciando margini di libertà, impedisce comunque alla vittima asservita e strumentalizzata la pie-

²⁹ V. nota n. 25.

³⁰ Palazzo, *Costituzionalismo penale* cit., pp. 595 ss.

na e libera esplicazione della propria personalità; oppure si pensi alla stessa fattispecie di terrorismo, dove il particolare disvalore del fatto non si coglie nell'offesa alla vita o all'integrità fisica della persona, ma nella totale estraneità ed "innocenza" delle vittime rispetto al conflitto che il terrorista ha inteso ingaggiare, realizzandosi così un'autentica strumentalizzazione della vittima per determinati fini. In entrambe le ipotesi non c'è alcun dubbio che il disvalore va ben al di là dei beni tradizionali della persona, e che questo profilo di disvalore ulteriore, se da un lato è riconducibile alla dignità, dall'altro lato è connesso alle particolari modalità offensive delle vittime.

Al contrario, la dignità pone problemi allorquando viene valorizzata a prescindere da un contatto diretto e significativo con la persona, quando cioè avviene una sorta di valore astratto che determina una idealizzazione dell'offesa con conseguenti rischi di manipolazione. Così, ad esempio, riguardo alla fattispecie di mutilazioni genitali femminili risulta davvero difficile individuare un bene giuridico tutelato diverso e ulteriore rispetto a quello dell'incolumità personale. Ed infatti, ciò che assume rilevanza o è l'oggetto materiale della condotta in sé e per sé considerato nella sua componente anatomica, ma in questa prospettiva un maggiore disvalore non sembra essere giustificabile, soprattutto se connesso soltanto ai genitali femminili; oppure ciò che assume significato è la pratica offensiva, la quale però, non essendo diversa da altre modalità di lesioni, assume rilevanza in quanto connessa al movente culturale ritenuto contrario al valore della dignità della donna assunta in una prospettiva completamente ideale.

Un'ultima considerazione deve essere dedicata alla tutela internazionale dei diritti umani³¹. È incontestabile che i reati rientranti nella competenza della Corte penale internazionale, e cioè i crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, offendono i diritti umani. D'altra parte, la questione centrale che si pone è quale sia il reale obiettivo perseguito dal sistema internazionale³². Ed infatti, in una prospettiva – per così dire – statica e conclusa, volta a valorizzare la dimensione internazionale, come anche il meccanismo

31 In argomento v. per tutti G. Fiandaca, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sopranazionale*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2007, pp. 69 ss.

32 Sul tema cfr. G. Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, FUP, 2011, pp. 97 ss.; inoltre, sia consentito rinviare a R. Bartoli, *La "giustizia di transizione": amnistia, giurisdizione, riconciliazione, ivi*, pp. 57 ss.

giurisdizionale in sé e per sé considerato, si potrebbe pensare a una funzione preventiva a tutela dei diritti umani o retributiva di riaffermazione del valore di tali diritti. Al contrario, in una prospettiva “dinamica” o comunque integrata, volta a valorizzare il rapporto sussidiario tra pace e giustizia, tra riconciliazione e giurisdizione, tra dimensione nazionale e dimensione internazionale, il sistema internazionale persegue anzitutto la risoluzione interna del conflitto e quindi la realizzazione di autonomi procedimenti costituenti, utilizzando la minaccia del diritto punitivo-giurisdizionale come mezzo per spingere a perseguire queste finalità.

7. *Dall'uomo alla persona: “chiaro e oscuro” della prevenzione speciale*

Il passaggio dallo Statuto Albertino alla Costituzione del 1948 ha determinato una significativa e interessantissima trasformazione del concetto di uomo³³: dall'uomo astratto – si potrebbe dire dal “cittadino” – proprio dello Statuto Albertino si è passati ad una concezione di uomo che valorizza due diversi profili: da un lato, l'uomo universale, portatore di diritti fondamentali; dall'altro lato, la persona, il singolo uomo in carne ed ossa, irripetibile, portatore di istanze proprie e specifiche, potremmo dire uniche.

In particolare, la prima prospettiva universale valorizza l'uomo in quanto tale e rappresenta il potenziamento di quella prospettiva giuridico-costituzionale, che nasce con la rivoluzione francese, diretta a limitare l'arbitrio, l'irrazionalità, il sopruso del potere politico: esistono diritti inviolabili e inderogabili che nessun potere pubblico, per nessuna ragione, può ledere. La prospettiva personalistica, invece, valorizza l'uomo in carne ed ossa così come

33 P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 152; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. 26 ss.; P. Grossi, *La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e post-moderna*, «Giornale di Storia costituzionale», 2008, pp. 20 ss.; M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, Passigli Editori, 2010, pp. 99 ss. Con riferimento all'“uomo” parametro del principio di eguaglianza cfr. M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2009, pp. 131 ss., il quale afferma che «le Costituzioni democratiche del Novecento hanno messo al loro centro la persona, ovvero un *quid pluris* rispetto all'astratto soggetto di diritto, che tiene conto della concretezza della vita associata, e soprattutto delle effettive condizioni sociali, economiche e culturali, che concorrono a determinare il suo sviluppo». (p. 131).

inserito all'interno del contesto storico, sociale, materiale e rappresenta una vera e propria novità, in quanto espressione di una prospettiva "sociale" del tutto inedita rispetto alle esperienze precedenti.

È opportuno precisare che questa sorta di concretizzazione dell'uomo attraverso il concetto di persona comporta, a volte, all'interno della stessa Costituzione, l'attribuzione di una certa rilevanza a condizioni particolari al fine di individuare "categorie generali di soggetti": così ad esempio si parla di "madri e bambini" (art. 37), di "indigenti" (art. 32), di "capaci e meritevoli" (art. 34). D'altra parte, queste categorie vengono individuate non con uno scopo discriminatorio o differenziante, ma al fine di promuovere politiche che consentano di realizzare nel modo più efficace possibile una eguaglianza sostanziale. Tali categorie generali nascono quindi per individuare una condizione di debolezza con il proposito politico di superarla. Si tratta di una precisazione di grandissimo rilievo, perché in questa fase storica, purtroppo, si assiste invece alla elaborazione di categorie sociali aventi una funzione discriminante (straniero, tossicodipendente, recidivo).

Ebbene, queste direttrici di fondo che orientano l'intera Costituzione, si trovano specificate anche rispetto alla pena e più in generale rispetto al diritto penale. Da un lato, si sancisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27, comma 3, Cost.), bandendo anche la pena di morte (allora con esclusione delle leggi militari di guerra, oggi rispetto anche a queste leggi, siano esse di pace o di guerra). Dall'altro lato, si sancisce che «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato» (ancora art. 27, comma 3, Cost.). Mentre il primo principio è espressione della dignità dell'uomo, del rispetto dei diritti umani fondamentali, della prospettiva universale; il secondo ha soprattutto la funzione di creare una pena che include e che consente di svolgere una fondamentale e concreta funzione di integrazione sociale.

Soffermandoci ancor più nel dettaglio su questa funzione rieducatrice della pena e sul suo profondo significato, in questa sede merita osservare come anche tale funzione finisca per presentare lati oscuri e lati chiari. Ed infatti, sotto il primo profilo, è a tutti noto come la prevenzione speciale, al pari delle altre funzioni della pena, abbia in sé le potenzialità di realizzare pericolose strumentalizzazioni del reo: basta pensare al fatto che essa, in presenza di un soggetto che si rivela impermeabile rispetto al trattamento, può imprimere alla pena una durata perpetua, oppure al fatto che per il suo tramite lo Stato può imporre una determinata visione del mondo.

D'altra parte, sotto il secondo profilo, la prevenzione speciale presenta dei lati chiari molto efficaci, che sono in grado di annullare le istanze di neutralizzazione proprie dei sistemi sanzionatori soprattutto carcerari. Ed infatti, anzitutto, si deve osservare che soltanto attraverso questa funzione l'ordinamento incontra il volto del reo e inizia a guardarlo negli occhi³⁴. Si può parlare di dimensione umanitaria della rieducazione, in quanto è la rieducazione che prende in considerazione l'umanità del reo, il suo essere persona.

In secondo luogo, l'idea di rieducazione-risocializzazione o comunque l'idea che pone al centro il reo esprime una fortissima istanza sociale e solidaristica³⁵. Il prezzo del reato non può essere fatto ricadere soltanto sulle spalle del reo. Tale prezzo deve ricadere anche sullo Stato, sia perché le cause della criminalità affondano solo in parte nell'individuo, sia perché non ha senso che un soggetto (lo Stato) formuli un rimprovero, se poi non spiega, non argomenta, non aiuta il soggetto rimproverato (il reo). Il reato rompe un rapporto sociale, il diritto penale interviene come terzo, elaborando il conflitto fuori dalla società, dopo di che è fondamentale che, chiuso il processo, si torni a inserire il reo a contatto con la società, anche perché lasciare il reo solo significa nella sostanza condannarlo all'esclusione, all'emarginazione.

Ecco allora che, in terzo luogo, la prevenzione speciale è l'unica funzione che consente di porre argini ad ogni deriva escludente e segregazionistica propria soprattutto della pena carceraria³⁶. Nonostante tutti gli sforzi profusi per razionalizzare la logica punitiva, non c'è alcun dubbio che il diritto penale ha da sempre e sempre continuerà ad avere una pulsione ad espellere, cancellare, una pulsione a soddisfare istanze di stabilizzazione sociale attraverso "il sacrificio" rassicurante di ciò che esprime l'alterità destabilizzante³⁷. Oppure, detto da altra prospettiva, soprattutto da quando il diritto penale è governato dal potere pubblico, la pena è strumento di un controllo generalizzato e per-

34 G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in F. Palazzo (a cura di), G. Vassalli, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, p. 85.

35 G. Fiandaca, *Art. 27*, in *Rapporti civili*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, pp. 223 ss.

36 C. Paliero, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, pp. 169 ss.; V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, «Critica del diritto», 2009, pp. 173 ss.

37 P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 101 ss. e gli Autori *ivi* citati.

vasivo della società e in particolare del “rischio da reato” espresso dal pericolo e dalla devianza sociale³⁸.

Anche alla luce di queste considerazioni, si pone infine la questione se la stessa rieducazione non possa essere considerata una sorta di diritto forse addirittura fondamentale del condannato³⁹. Sicuramente vi sono forti perplessità per una conclusione del genere, non foss’altro per i rischi di strumentalizzazione a cui abbiamo già accennato. Dovendosi considerare inoltre lo scetticismo che sul piano teorico circonda la rieducazione, come anche l’esigenza di realizzare un bilanciamento tra le istanze della rieducazione e le altre funzioni della pena. D’altra parte, proprio la riflessione sul lato oscuro dei diritti umani ci ha permesso di notare come essi stessi presentino in sé alcuni limiti, e come all’interno del moderno costituzionalismo risultino alla fin fine suscettibili di diverse interpretazioni e letture.

Ecco allora che in questo nuovo contesto giurisdizionalizzato gli stessi concetti giuridici sono destinati a subire un’interessante trasformazione, che proprio la prospettiva del lato “chiaro” o “oscuro” dei diritti umani consente di illuminare.

38 D. Garland, *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, il Saggiatore, 2004, *passim*.

39 Sul punto v. per tutti Palazzo, *Costituzionalismo penale cit.*, p. 586.

UNA TRUTH COMMISSION SENZA VERITÀ? L'INSTANCE ÉQUITÉ ET
RÉCONCILIATION NELLA TRANSIZIONE MAROCCHINA

Pietro Sullo

1. *Introduzione*

Tutto passa, tranne il passato¹. Soprattutto se esso è caratterizzato da istanze di “male radicale” – l’equivalente filosofico di quello che il giurista oggi chiama crimine internazionale – che hanno messo in discussione l’esistenza stessa di una data compagine sociale. Quello che Hannah Arendt definiva *thought-defying*², una sconfitta per il pensiero, e si rifiutava di definire, ha trovato un nome grazie allo sforzo dei giuristi, che hanno elaborato le categorie di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l’umanità. Questo capitolo cerca di far luce sul problema del “superamento del passato” all’indomani di gravi violazioni dei diritti umani, mettendo in luce i recenti sviluppi del dibattito in materia, il ruolo della giustizia di transizione, quello delle *truth commissions*, ed i paradossi a cui tali meccanismi possono condurre. La mia analisi si concentra in particolare sull’Instance Équité et Réconciliation marocchina, cercando di descriverne le caratteristiche salienti, i lati oscuri ed il contributo al processo di superamento del passato. Pur riconoscendo il valore della teoria dei diritti umani ed il contributo e la legittimazione che essa ha dato ad innumerevoli battaglie per la tutela di diritti e libertà fondamentali, è innegabile che essa presti il fianco a critiche su vari versanti. Prodotto dell’individualismo occidentale, i diritti umani sono stati spesso la giustificazione di interventi “umanitari” o di vere e proprie guerre, il cui esito ultimo non può che essere la violazione dei più elementari diritti individuali. Il processo di decolonizzazione avviato all’indomani della seconda guerra mondiale, segnando il tramonto del cosiddetto *Ius Publicum Europaeum*, ha incoraggiato e accelerato l’emersione sulla scena internazionale di nuovi soggetti, precedentemente esclusi

1 Cfr. L. Huyse, *All Things Pass, Except The Past*, Bruxelles, AWEPA, 2009.

2 Cfr. H. Arendt, *Heichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Classics, UK, 1994.

dalla stesura della Dichiarazione Universale del 1948, che contribuiscono alla creazione delle norme internazionali. La declinazione in chiave collettiva dei diritti fondamentali, tipica di culture non certo marginali come quella africana o islamica, ha profondamente scosso l'idea che, così come concepiti e codificati sotto la spinta del pensiero occidentale, i diritti umani abbiano una valenza necessariamente universale; inoltre, il loro processo di elaborazione ha di gran lunga privilegiato l'aspetto della codificazione rispetto a quello della effettiva tutela. I meccanismi di *enforcement* restano tuttora molto deboli, relegando i diritti umani, ed in particolare quelli economici e sociali contenuti nel patto del 1966, al rango di diritti di carta. Alimentate dalla pionieristica "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina" di Olympe de Gouges del 1791, nutrite critiche provengono anche da una prospettiva di gender.

Prendendo le mosse da queste generali considerazioni sulle debolezze dello statuto epistemologico dei diritti umani, alcuni loro meccanismi di salvaguardia vengono analizzati in questo capitolo attraverso le lenti della giustizia di transizione e in particolare della Commissione Equità e Riconciliazione marocchina. La *transitional justice* rappresenta un settore di indagine in espansione ed occupa attualmente un posto importante nel dibattito sulla salvaguardia dei diritti umani³. Un *report* del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 2004 ha contribuito a definirne le coordinate: la giustizia di transizione include

the full range of processes and mechanisms associated with a societies attempts to come to terms with a legacy of large scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof⁴.

Una definizione molto estesa ed un programma molto ambizioso per un campo, quello della giustizia di transizione appunto, nato prima come complesso di sfide pratiche e concrete in contesti post-conflitto e poi divenuto rapidamente anche un settore di ricerca. Lo scopo di questo capitolo è quello di esaminarne potenzialità ed aspetti problematici in relazione al contributo che essa può dare alla tutela dei diritti umani.

3 Su questo punto si consulti United Nations, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: Report of the Secretary-General*, UN document S/2004/616, 23 August 2004, paragrafo 5, p. 4.

4 Ivi, paragrafo 8, p. 4.

Per consolidare la transizione verso lo stato di diritto, il Marocco «ha scelto il ricorso alla giustizia restaurativa al posto di quella retributiva, la verità storica in luogo di quella giudiziaria». Così si esprime la Commissione Equità e Riconciliazione nel suo rapporto finale del febbraio 2005. Cercherò di chiarire il significato di questa scelta e le ricadute che essa ha avuto sulla tutela dei diritti umani in Marocco.

2. Inquadramento storico

Protettorato francese nel nord e spagnolo nel sud dal 1912 al 1956, anno della conquista dell'indipendenza, il Marocco ha attraversato una lunga e tormentata stagione di violazioni dei diritti umani, caratterizzata soprattutto da sparizioni forzate e numerosi casi di detenzione arbitraria a danno degli oppositori politici della monarchia, che ha conosciuto il suo apice sotto il lungo regno di Hassan II (1957-1999). Dopo la morte del re, il suo erede Mohammed VI ha avviato un processo di distensione e riconciliazione nazionale, riconoscendo apertamente gli abusi e le repressioni operate dallo stato. Il lento processo di resa dei conti col passato che il Marocco ha deciso di intraprendere negli anni novanta è culminato nella creazione di un organo *ad hoc*, l'*Instance Équité et Réconciliation* (IER), riconducibile per natura e mandato (benché la denominazione ufficiale non faccia formale riferimento ad alcun meccanismo di *truth-seeking*), all'ormai nutrito *genus* delle commissioni verità e riconciliazione. Nel novembre 2005, la commissione ha ultimato i suoi lavori e presentato il suo *report* finale⁵. In due anni essa ha condotto ampie indagini sulle violenze del passato regime, ha ascoltato migliaia di marocchini a cui prima non era mai stato concesso di parlare pubblicamente degli abusi subiti, trasmettendone in diretta televisiva la voce e la testimonianza, ha stabilito misure riabilitative per le vittime e fatto raccomandazioni sulle riforme da adottare al governo.

Oggi l'IER custodisce nel suo moderno e attrezzatissimo archivio, divenuto rapidamente uno strumento imprescindibile per la ricostruzione della recente storia marocchina, più di ventimila testimonianze sui passati abusi.

L'*Instance* ha rappresentato sotto molteplici aspetti un'eccezionale novità: prima commissione verità e riconciliazione in un paese arabo, gode della benedizione del re benché sia incaricata di indagare sulle responsabilità di

⁵ Cfr. Kingdom of Morocco, Equity and Reconciliation Commission, Final Report, 2006.

suo padre, è dotata della competenza *ratione temporis* più estesa mai conferita ad una *truth commission*, 43 anni, dal 1956 al 1999, ed ha il potere di garantire direttamente riparazioni alle vittime che ne hanno diritto, senza passare attraverso la mediazione dell'amministrazione statale. Ciò premesso, si capisce come mai essa abbia suscitato grande interesse e perché si spera in un possibile effetto domino negli altri paesi del Maghreb. L'IER tuttavia non ha mancato di suscitare anche polemiche, in particolare perché, in quanto *extrajudicial body*, essa non solo è priva di poteri sanzionatori nei confronti dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani, ma contempla nel proprio statuto anche una norma che vieta ne sia fatto il nome durante le udienze pubbliche e nel rapporto finale. Una parziale tutela del diritto alla verità, sancito tra l'altro recentemente in un documento delle Nazioni Unite contro l'impunità⁶, è in grado di garantire una vera riconciliazione? Una breve descrizione del contesto in cui la commissione ha operato può agevolare lo sforzo di comprensione del suo contributo alla tutela dei diritti umani e dei suoi eventuali limiti.

Centotreesimo paese per indice di sviluppo umano nella graduatoria stilata nel 2004 dal Programma per lo sviluppo delle Nazioni Unite, sia per la sua storia, sia per la posizione geografica, il Marocco ha da sempre esercitato la funzione di paese cerniera nello scacchiere geopolitico internazionale, rappresentando non solo un ponte tra oriente e occidente, ma anche un corridoio pressoché obbligato tra cultura araba, cristiana e africana⁷. Fedele alleato degli Stati Uniti, (che hanno siglato col Marocco il loro più antico trattato di pace, datato 1787, lo stesso anno della costituzione federale), il Marocco è

6 Cfr. Set of Principle for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, (E/CN.4/2005/102/Add.1).

7 Il Marocco ha legami storici di lunga durata con l'Africa sub-sahariana, sin dai tempi della dinastia Almoravida (1073-1147), che controllava un'area estesa dall'Andalusia al Senegal. La controversa e tuttora irrisolta questione del Sahara occidentale può esser fatta risalire a quest'epoca, in cui la regione era disputata tra molteplici pretendenti. La storia della schiavitù, con l'impiego massiccio di schiavi neri negli eserciti da parte di Mawlay Ismail (1672-1727) nel tentativo di sottomettere la regione di Fes ed il movimento Gnawa, evidenzia un altro forte legame tra il Marocco e l'Africa sub-sahariana. Oggi il paese magrebino rappresenta la testa di ponte verso l'Europa per molti africani, che spesso decidono di fermarsi, arricchendone la "fabbrica sociale", ma creando al contempo tensioni, vista la precarietà dell'economia e l'alto tasso di disoccupazione. Cfr. P. J. Campbell, *Marocco in Transition: Overcoming the Democratic and Human Rights Legacy of King Hassan II*, «African Studies Quarterly», 2004.

stato l'unico paese arabo a mandare truppe, sfidando la volontà del suo stesso popolo, al fianco degli USA durante la prima guerra del golfo. Alla sua morte nel 1999, il re Hassan II è stato descritto anche all'estero come un campione di democrazia, ma il pugno di ferro al quale ha fatto ricorso durante il suo lungo governo ha lasciato numerose tracce all'interno del paese. Primo leader di un paese arabo ad invitare un capo di governo israeliano, Shimon Peres, Hassan II è stato un abile stratega, e sia sul versante internazionale, sia su quello interno, è stato capace di guadagnarsi la fiducia della popolazione di fede ebraica, conquistando al contempo il ruolo di rispettato mediatore nel conflitto israeliano-palestinese. In Marocco la monarchia rappresenta, assieme alla questione del Sahara occidentale e all'islam, un argomento tabù ed ha da sempre goduto di una posizione di assoluta primazia, potendo giustificare il proprio ruolo sul principio sharifico, secondo il quale il re è diretto discendente del Profeta. Il monarca assurge così anche a *amir al-mu`minin*, comandante dei fedeli, alimentando una relazione coi propri sudditi spesso descritta come paternalistica, in virtù di un vero e proprio "contratto psicologico"⁸. L'idea che Hassan II aveva della democrazia è espressa in una sua intervista del 1992, nella quale spiega come mai essa in Marocco non potesse essere concretamente declinata come monarchia costituzionale⁹. Le cinque costituzioni che si sono susseguite sotto il suo regno, plasmate dal sovrano e poi approvate tramite voto popolare, confermano l'assoluta centralità della

8 Cfr. S. Waltz, *Human Rights and Reform: Changing the face of North African Politics*. Berkley, CA: University of California Press, 1995. L'idea dell'ascendenza divina della monarchia marocchina si deve a Ahamad al Mansur (1548, 1641), membro della dinastia Sahadita, che fece del compleanno del Profeta una celebrazione tesa a rafforzare la monarchia alla quale solo i cittadini più importanti del reame erano ammessi, cfr. P. Gupte, *The blood of the Prophet*, disponibile su <<http://www.newsweek.com/nw-srv/printed/int/wa/ov3705l.htm.1999>>. La fondazione dello stato marocchino sulla trinità dio-regno-paese è diventata uno strumento per omologare ogni presunta critica alla casa regnante ad un tentativo di mettere in discussione i valori fondamentali del paese. Hassan II ha avuto modo di esplicitare questo concetto ad un reporter di *Newsweek*: «Those are the names of my ancestors, every one of them dating back to the Prophet [...]. Do you know what that means? That means I have legitimacy. I am both temporal and spiritual ruler of my people». Per approfondimenti si consulti Campbell, *Marocco in Transition* cit.

9 «Islam forbids me from implementing a constitutional monarchy in which I, the King, delegate all my powers and reign without governing [...]. I can delegate power, but I do not have the right on my own initiative, to abstain from my prerogatives, because they are also spiritual», cfr. G. White, *The advent of Electoral Democracy in Morocco? The Referendum of 1996*, «Middle East Journal», 51 (3), 1997.

monarchia, che di fatto aveva l'ultima parola sul potere legislativo, esecutivo e su quello giudiziario. Il monarca era consacrato dall'articolo 19 della costituzione del 1962 a comandante dei fedeli¹⁰, vanificandosi così ogni tentativo di creare una vera monarchia costituzionale.

Del re è stato anche detto che «used modern institutions to preserve medieval political authority»¹¹, e che il suo metodo preferito per trattare con l'opposizione interna era quello della cooptazione. Benché fosse in vigore il divieto di parlare del suo patrimonio, era noto come fosse il primo proprietario terriero del paese, cosa di cui era solito approfittare per neutralizzare i conflitti politici attraverso concessioni governative di sfruttamento del suolo. Ove tale tattica fallisse, l'establishment marocchino non esitava a fare ricorso a sistemi diversi, tra cui vanno annoverati la detenzione arbitraria, la tortura, le sparizioni forzate, l'omicidio. Il regno di Hassan II è stato contraddistinto da un prolungato stato di emergenza (1965-1971), due tentativi di colpo di stato negli anni settanta, elezioni truccate ed uso della forza per reprimere nel sangue le rivolte antimonarchiche che si sono succedute dal 1965 al 1999. Anche se l'era di più dura repressione, nota come *les années de plomb* è propriamente iniziata nel 1969, la violenza statale affonda le radici nei primi anni del periodo post-coloniale, in cui la lotta per l'indipendenza aveva lasciato in eredità due partiti, l'Istiqlal, nazionalista-conservatore, e l'*Union National des Forces Populaire*, una formazione di sinistra, nonché i postumi di numerose rivolte regionali. A farne le spese fu soprattutto la regione del Rif, severamente interessata dalla repressione armata delle forze governative, e tutt'oggi solo marginalmente lambita dagli investimenti di Rabat e relativamente isolata dal resto del paese. Il periodo tra gli anni sessanta e settanta fu caratterizzato da un acuirsi degli abusi, di cui fecero le spese sindacalisti, marxisti, intellettuali, islamisti, e chiunque fosse sospettato di un approccio critico verso la monarchia, il cui emblema resta il caso Mehdi Ben Barka. Leader dell'Unione Nazionale delle Forze Popolari, Mehdi Ben Barka fu costretto all'esilio in Francia, dove è sparito in circostanze misteriose, pagando con la vita la propria critica nei confronti della monarchia. Voci insistenti parlano di un'azione congiunta di forze marocchine, francesi e statunitensi dietro la sua sparizione, cui sarebbero seguite, sempre sul territorio francese, tortu-

10 Le cinque costituzioni sono del 1962, 1970, 1972, 1992 e 1996.

11 Cfr. A. Maghraoui, *Political Authorities in Crisis*, «Middle East Report», Spring 2001, Vol. 218.

re, morte, e lo scioglimento del cadavere in una vasca di acido¹². Nel 1970 e nel 1971 due falliti colpi di stato hanno causato violente ondate repressive, arresti di massa ed esecuzioni, culminate nel 1973 con il trasferimento di cinquantotto membri delle forze armate nella prigione segreta di Tazmamert, in cui furono segregati in condizioni tali che li condussero a una lenta morte. I processi di quest'epoca furono condotti in violazione degli standard minimi di garanzia per l'imputato, spesso collettivamente, e i condannati messi in carcere con le famiglie¹³. La ratifica nel 1979 dei patti delle Nazioni Unite sui diritti civili, politici, economici sociali e culturali ha rappresentato un diversivo per Hassan II, attraverso cui stornare l'attenzione dalla situazione interna al paese. Lo stesso può dirsi della ratifica nel 1993 delle convenzioni contro la tortura, sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro la donna, sui diritti del fanciullo, e di quella sui diritti dei migranti, tutte ratificate con sostanziali riserve¹⁴. La corona si è dimostrata molto abile anche nel cavalcare i movimenti di protesta e nel percepire i cambiamenti successivi alla fine della guerra fredda. Il *Mouvement de Contestation* che ha animato il Marocco dal 1995 e le cui istanze sono alla base della riforma costituzionale del 1996, era saldamente condotto da Hassan II, che è riuscito in tal modo a stemperare le istanze più progressiste della società civile e dell'opposizione¹⁵. Hassan II ha mantenuto il potere di approvazione della nomina di tutti i ministri, il che ha suggerito che in Marocco fosse operante un doppio livello politico-decisionale, quello formale, giocato su riforme costituzionali latamente progressiste ed un'alternanza di partiti al governo, e quello effettivo, ben più ambiguo e pro-no alla volontà della corona. Ciò ha spinto Amnesty International a indirizza-

12 Cfr. B. Violet, *L'affaire Ben Barka*, Parigi, Fayard Press, 1991.

13 Il caso più noto è quello del colonnello Oufkir, organizzatore del colpo di stato del 1971, suicidatosi poco dopo, la cui famiglia è stata tenuta in una prigione segreta per diciotto anni. Si consulti la testimonianza di una delle figlie, F. Oufkir, *Dans les Jardins du Roi*, Parigi, Lafon Press, 2000.

14 Cfr. rispettivamente UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), UNICEF Convention on the Rights of the Child, UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

15 Secondo il politologo Hassan Aourid il vero nemico dell'amministrazione marocchina sarebbe proprio questo, la società civile. Cfr. H. Aourid, *An introduction to Moroccan Politics*, paper presentato alla commissione marocchino-americana per lo scambio educativo e culturale, 26 giugno 1999.

re nel 1999 una lettera aperta al re in cui gli si domandava di render conto dei continui casi di sparizione e tortura¹⁶.

Una descrizione, per quanto breve e frammentaria, delle violenze di cui il Marocco ha rappresentato lo sfondo e sulle quali la Commissione Equità e Riconciliazione ha dovuto far luce, non sarebbe immaginabile senza un riferimento alla tuttora irrisolta questione del Sahara occidentale. Colonia spagnola dal 1884, il Western Sahara ha una lunga storia di lotta per l'indipendenza iniziata subito dopo il Congresso di Berlino e portata avanti negli ultimi decenni dal fronte POLISARIO, un movimento composto principalmente dall'etnia Saharawi. La scoperta negli anni cinquanta di ricchi giacimenti di fosfato ha reso l'area estremamente interessante per il Marocco, che, nonostante una decisione contraria della Corte Internazionale di Giustizia del 1975¹⁷, ha avanzato pretese di sovranità sull'area. Approfitando della ritirata spagnola, Hassan II ha ordinato quella che è passata alla storia come "la marcia verde", l'invasione e la conseguente occupazione da parte di 350 mila civili e 50 mila militari del Sahara occidentale, frettolosamente ceduto dagli spagnoli a Marocco e Mauritania. Quest'ultima si ritirerà dal Sahara occidentale due anni dopo in seguito alla firma di un cessate il fuoco col fronte Polisario, ed il territorio conteso verrà annesso da Hassan II. Il riconoscimento al Polisario di un seggio nell'Unione Africana ha causato la fuoriuscita da tale organizzazione del Marocco, unico paese del continente a non farne parte. Il popolo Saharawi è stato il principale obiettivo della repressione del governo marocchino, oggetto di frequenti casi di tortura e sparizioni forzate, sulle quali è difficile fare luce visto lo stato di totale inaccessibilità in cui è tenuta l'area¹⁸.

Ciò premesso, risulta chiaro come le sfide a cui è chiamato il nuovo sovrano siano molteplici e di non facile soluzione. Nonostante il suo chiaro tentativo di accreditarsi come un sovrano umano, il cui regno si pone in netta rot-

16 Cfr. Amnesty International, Open Letter to His Majesty King Mohammed VI of Morocco, 8 Agosto 1999, reperibile all'indirizzo <http://www.africanews.Morocco/stories/19990804_feat1.html>.

17 In proposito si confronti l'archivio della Corte Internazionale di Giustizia, disponibile all'indirizzo <<http://www.icj-cij.org/icjwww/decisions/isummaries/isasummary751016.htm>>.

18 Per approfondimenti sui gravi abusi a cui è tuttora sottoposto il popolo Saharawi, cfr. Amnesty International, *Turning the Page: Achievements and Obstacles*, MDE 29/001/1999, 4 agosto 1999, disponibile all'indirizzo <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE29001999?open&of=ENG-MAR>>.

tura con quello del padre, Mohammed VI dovrà chiarire molte ambiguità di fondo del nuovo corso marocchino. In particolare, il fatto che la commissione da lui promossa non abbia i poteri di fare i nomi dei responsabili di quarantatré anni di crimini suscita grandi perplessità sulla sua volontà di voler fare veramente i conti col passato. L'apertura moderata agli attivisti per i diritti umani degli ultimi anni si spiega anche col tentativo del Marocco di entrare nell'Unione Europea e usufruire delle occasioni derivanti dal partenariato euromediterraneo. La richiesta, ufficialmente formulata nel luglio del 1987, è stata respinta non solo per evidenti ragioni geografiche, ma anche perché l'UE ha espresso critiche sulla generale mancanza di democrazia nel paese, sulle violazioni dei diritti umani e in particolare sul ricorso alla tortura e alla pena di morte e sulla questione del Sahara Occidentale.

Mohammed VI ha avuto modo di esplicitare la propria originale visione della democrazia in Marocco con queste parole:

Morocco has a lot do to in terms of democracy. The daily practice of democracy evolves over time. Trying to apply a western democratic system to countries of Maghreb, the Middle East or the Gulf would be a mistake [...] I have a lot of respect for countries where the practice of democracy is highly developed. I think however, that each country has to have its own specific features of democracy¹⁹.

Il sovrano dovrà necessariamente occuparsi anche dei problemi economici del suo paese, dell'esorbitante debito estero, della crescita demografica e del tasso di disoccupazione, che ha ormai raggiunto quota 25%, grazie alla popolazione urbana, che ha superato per la prima volta quella rurale. I piani di aggiustamento strutturale proposti dalle istituzioni finanziarie internazionali non hanno dato i frutti sperati e secondo il fondo monetario internazionale le spese totali dello stato per salute ed istruzione sono diminuite, mentre la popolazione è aumentata²⁰. Ostacoli notevoli agli investimenti esteri provengono anche dal mercato nero, che muove un'economia pari al 50% del PIL e al peso del mercato della droga, prima fonte di reddito nella regione del Rif. L'emigrazione giovanile rappresenta sia un problema che una fonte di reddito, per una nazione largamente dipendente dalle rimesse dall'estero in cui il *brain drain* sta erodendo a tal punto il capitale umano da guadagnare al paese l'appellativo di

19 S. Mac Leod, *On the Road with the New King of Morocco*, Time, 12 febbraio 2001, reperibile su <<http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,47765,00.html>>

20 Cfr. *International Monetary Fund*, IMF Staff Country Report No 98/42, Morocco: Statistical Appendix, Washington D.C., Aprile 1998.

“Messico della Spagna”. In un tale contesto molti analisti temono una deriva islamista che potrebbe ridurre il Marocco in condizioni simili a quelle algerine.

Nemmeno la questione femminile sembra essere una priorità assoluta nell'agenda del nuovo re, che ha tuttavia promesso di permettere alle donne di pregare nelle moschee e ha nominato Aicha Belarbi ambasciatore UE, introducendo una quota rosa di un terzo in parlamento. Le donne in Marocco sono sottoposte ancora ad un doppio regime giuridico, secolare e religioso, essendo soggette sia all'influenza dei leaders religiosi (ulama) che alla *Mudawwanah*²¹, il codice di diritto di famiglia, tradizionalmente separato nei paesi islamici dal codice civile e di forte ispirazione coranica. La riforma del diritto di famiglia voluta da Mohammed VI ha almeno formalmente migliorato la condizione della donna che ora non è più sottoposta ad alcuna autorizzazione paterna per contrarre matrimonio, anche se la poligamia maschile, benché contrastata, resta ancora possibile. Il movimento femminista marocchino fa spesso appello a valori islamici per migliorare la condizione della donna, rifacendosi ad un'interpretazione delle parole del profeta molto vicina a quella dell'età d'oro dell'islam (IX-XIII secolo) ed in contrasto con quella degli ulama. Si deve sottolineare che il tasso di analfabetismo femminile è notevolmente più elevato di quello maschile, secondo dati UNICEF del 2000 63,9% contro 38,1%, il che rappresenta un problema notevole per l'emancipazione delle donne.

Tra i gruppi vulnerabili spiccano anche i bambini, costretti al lavoro in condizioni di semischiavitù, la cui situazione sta peggiorando sotto il regno di Mohammed VI: sono in diecimila a vivere senza un tetto nella sola Casablanca, mentre a migliaia sono costretti alla prostituzione²². Un primo bilancio del

21 Il re del Marocco Muhammad VI, nel mese di ottobre 2003, in occasione dell'apertura dell'anno legislativo, ha reso pubblico il nuovo testo del codice di famiglia. L'intervento del re ha sbloccato i lavori della commissione preposta che erano giunti ad una *empasse*. La notizia ha avuto grande risonanza sia sui giornali di lingua araba, sia su quelli europei, ma è stata ignorata dalla stampa italiana. La nuova *Mudawwana* è una vera e propria rivoluzione: per la prima volta in un paese musulmano la moglie non deve più obbedire al marito, ma «*la famiglia è posta sotto la responsabilità congiunta degli sposi*». Il nuovo codice non è visto come miglioramento solo dello statuto della donna, ma come ha detto il re «*si preoccupa di eliminare l'iniquità che pesa sulle donne, di proteggere i diritti dei minori e di preservare la dignità dell'uomo*». Così M. D. Ferrari, *Il nuovo codice marocchino di famiglia*, disponibile su <<http://www.dimensionesperanza.it/modules/xsection/article.php?articleid=374>>.

22 Cfr. *British Broadcasting Corporation Summary of World Broadcasts Morocco*, Amnesty International Sign Cooperation Agreement, 12 dicembre 2000.

lavoro di Mohammed VI potrà essere fatto alla luce del contributo dell'IER al superamento del passato e ad un miglioramento degli standard marocchini in fatto di diritti umani.

3. *Il problema del “superamento del passato” e le transizioni di regime*

Con la creazione dell'IER risulta ampliato il novero dei paesi che, per affrontare i problemi emergenti dalla transizione da un regime autoritario o da un conflitto armato verso un regime che aspiri alla democrazia, si sono affidati ad una commissione per la verità e la riconciliazione. Quando nel 1986 negli Stati Uniti veniva pubblicato *Transitions from Authoritarian Rule*²³, uno dei primi testi sull'argomento, la giustizia di transizione non aveva ancora conquistato un proprio statuto disciplinare, e le commissioni per la verità e la riconciliazione non attraevano l'attenzione della comunità scientifica e dell'opinione pubblica come accade oggi. Gli autori del libro, contribuendo a definire le coordinate del nuovo campo di ricerca, hanno descritto le modalità e i costi delle transizioni di regime, evidenziando come in tali contesti coesistano un forte impulso verso la rimozione del passato, dettato anche dalla paura di rappresaglie da parte dei responsabili dei crimini commessi, ed un diffuso desiderio di giustizia e conservazione della memoria. Il dilemma su come affrontare la tensione tra questi poli apparentemente inconciliabili è un elemento centrale ed un interrogativo ineludibile in tutti i processi di transizione. La stabilità di un paese in precario equilibrio tra passato e futuro, può esser messa in discussione dal bisogno, avvertito dalla popolazione come un imperativo etico e politico, di verità e giustizia. Compito della giustizia di transizione è dunque quello di trovare un compromesso tra le istanze che emergono dalle transizioni politico istituzionali verso la democrazia, istanze spesso contraddittorie e ai limiti della inconciliabilità. Quando il libro citato è stato pubblicato, benché la commissione argentina sulle sparizioni forzate²⁴ fosse già all'opera, strumenti di ricerca della verità e di riconciliazione di matrice extragiudiziaria come le *truth commissions* non godevano ancora del riconoscimento internazionale. La situazione è però cambiata nel volge-

23 Cfr. G. O'Donnel, P. C. Schmitter, L. Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1986.

24 Si tratta della cosiddetta *Comission Nacional para la Desaparición de Personas*.

re di pochi anni e si è così avverata la profezia che Priscilla B. Hayner ci ha consegnato con il suo *Unspeakable Truths*²⁵, divenuto ormai un classico per gli studiosi di *transitional justice*, secondo la quale si sarebbe assistito ad un ricorso sempre più frequente alle *truth commissions* come strumento di superamento del passato. Si calcola infatti che ad oggi abbiano operato più di trenta commissioni per la verità diffuse in America, Europa, Asia ed Africa, e la creazione di nuove commissioni viene a più voci invocata non solo in Iraq (il cui governo manda frequentemente propri inviati in Sudafrica a studiare i meccanismi di funzionamento della *Truth and Reconciliation Commission*) ma anche in Bosnia e in Serbia. L'interrogarsi sulle modalità di superamento delle violenze del passato non rappresenta certo una peculiarità del nostro tempo, ma costituisce una costante delle transizioni politiche. In seno ad esse si assiste ad un'oscillazione tra i due estremi dell'amnistia generalizzata, e del conseguente oblio, e della persecuzione e condanna giudiziaria dei presunti rei attraverso il processo penale di cui spesso si conserva attivamente il ricordo. Su questo binario rigidamente alternativo si incardinano ad esempio le vicende dell'Atene del quinto secolo a.C. dove, per superare l'eredità lasciata dai Trenta Tiranni viene concessa un'amnistia generalizzata e si vieta, pena la morte, anche solo il semplice ricordo della tirannia, e quella del processo di Norimberga, paradigma consolidato (e criticato) del *duty to prosecute* da parte della macchina statale²⁶. Anche se l'idea di punire quelli che oggi chiamiamo crimini internazionali istituendo appositi tribunali è molto antica, (se ne ritrovano ad esempio tracce medievali nella vicenda *von Hagenbach*²⁷), fino al diciannovesimo secolo era opinione sostanzialmente condivisa quella secondo la quale, cessate le ostilità, il ritorno alla normalità dovesse essere agevolato tramite provvedimenti di amnistia²⁸. Sono state le atrocità della

25 Cfr. P. B. Hayner, *Unspeakable Truths, facing the challenge of Truth Commissions*, New York, Routledge, 2002.

26 Cfr. A. Gentili e A. Lollini, *L'esperienza delle commissioni per la verità e la riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica*, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Storoni, M. Virgilio, Torino, Giappichelli, 2000; si consulti anche J. Elster, *Closing the book: Transitional justice in Historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

27 Cfr. M. Balboni, *Da Norimberga alla Corte Penale Internazionale*, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Storoni, M. Virgilio, Giappichelli, Torino 2000.

28 Cfr. sull'argomento l'articolo 6 punto 5 del secondo protocollo aggiuntivo alle Con-

Grande Guerra a segnare un punto di svolta, allorché la comunità internazionale decise di perseguire e reprimere condotte lesive di valori unanimemente sentiti come fondamentali. Si spiega in tale ottica la norma del famoso articolo 227 del Trattato di Versailles, secondo la quale le potenze alleate avrebbero «pubblicamente sottoposto a Giudizio Guglielmo II di Hohenzollern, già imperatore di Germania, per un supremo crimine contro la moralità internazionale e la santità dei trattati»²⁹. I successivi articoli 228 e 229 del Trattato sancivano il diritto dei medesimi stati di giudicare cittadini tedeschi «accusati di aver commesso atti in violazione delle leggi e degli usi della guerra», mentre il Trattato di Sèvres attribuiva alle potenze alleate il diritto di processare i cittadini turchi responsabili del massacro degli Armeni. Nonostante la mancata attuazione di tutte le disposizioni ora ricordate (il Kaiser Guglielmo si rifugiò nei Paesi Bassi che non acconsentirono alla sua estradizione, le potenze alleate si astennero dall'istruire processi contro cittadini tedeschi accusati di violazione delle leggi della guerra, il Trattato di Sevres non fu mai ratificato e fu in seguito sostituito da quello di Losanna), un principio radicalmente nuovo si affacciò sulla scena politica internazionale: quello secondo il quale, per garantire una pace duratura, è necessario assicurare alla giustizia chi si sia macchiato di gravi crimini. Per comprendere a fondo le ragioni che hanno portato alla creazione delle prime *truth commissions*, può essere utile analizzare le modalità con cui prima di esse si è cercato di far fronte ai problemi connessi al superamento del passato nel vecchio continente.

L'Europa dell'immediato secondo dopoguerra riassume perfettamente la concentrazione di problematiche che le transizioni politiche sollevano, soprattutto sotto il profilo del superamento del passato, che con un termine divenuto familiare alla storiografia tedesca viene chiamato *Vergangenheitsbewältigung*³⁰, e ben si presta ad esplicitare il ruolo della memoria e della giustizia, nonché del loro reciproco intrecciarsi e sovrapporsi nei processi di *Nation Building*³¹. Alla caduta del Reich tedesco nel maggio del 1945, società

venzioni di Ginevra del 1949: «At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained».

29 La traduzione del trattato a cui mi rifaccio è quella di M. Balboni, *op. cit.*

30 Su questa tematica si consulti tra l'altro G. E. Rusconi, *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, Einaudi, 1987.

31 Cfr. in proposito C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, Feltrinelli, 2006. Si consulti anche A. Lollini, *Costituzionalismo*

tra loro diverse, ma accomunate dalla condivisione dei traumi causati dal nazi-fascismo, sono state chiamate ad elaborare strumenti funzionali a garantire la punizione dei criminali, l'elaborazione del lutto collettivo, la riconciliazione e la ricostruzione della compagine statale. Un ruolo centrale in tale senso è stato affidato al processo penale e quindi ad una giustizia di matrice retributiva, quel tipo di giustizia (non l'unica possibile, come vedremo) che declina la sanzione come uno strumento di riaffermazione dell'ordinamento giuridico violato ed in cui la pena risponde a canoni di proporzionalità rispetto al comportamento antisociale penalmente represso da cui dipende la sua inflizione. La scelta dello strumento attraverso il quale si attua la *prise en charge* del passato, amnistia, processo penale o commissione per la verità, postulando scelte diverse rispetto all'inclusione e all'esclusione di determinati soggetti dal regime politico che si viene a costituire, ha dirette conseguenze sul patto costituente che da origine al nuovo ordinamento e sulla cristallizzazione della memoria collettiva che sta a fondamento di questo³². L'uso del processo penale rappresenta quindi un'opzione politica non neutrale rispetto alla natura dello stato "costituendo".

Sull'individuazione della normativa in base alla quale giudicare i soggetti responsabili dei crimini di un passato regime si sono concentrati gli sforzi di studiosi e giuristi, nel tentativo di tutelare contemporaneamente due valori centrali dell'ordinamento, quello della giustizia e quello della certezza del diritto. Le vie percorse sono state quella del ricorso a normative elaborate *ad hoc* – quindi in palese violazione del principio di irretroattività della legge penale, sia a livello internazionale, col tribunale di Norimberga, sia sul piano endostatale – e quella dell'applicazione del diritto penale previgente depurato dalle incrostazioni totalitarie, modificandone eventualmente i termini di prescrizione. In questo caso si è reso spesso necessario individuare l'esatto momento in cui un certo regime è diventato antidemocratico, momento elevato a dignità di soglia al di là della quale il diritto da esso prodotto doveva essere considerato radicalmente privo dei crismi della giuridicità e quindi invalido³³. Pur non potendosi sviscerare in questa sede la problematica come essa richiederebbe, un breve

e giustizia di transizione, Il ruolo costituente della commissione sudafricana verità e riconciliazione, Bologna, Il Mulino, 2005.

³² Per un'approfondita disamina di queste problematiche cfr. A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

³³ Ivi.

cenno merita il contributo dato in tal senso da un giurista tedesco, Gustav Radbruch, padre della omonima formula, alla quale la dottrina ha dedicato recentemente un importante lavoro³⁴. Radbruch (1878-1949) ha consacrato molti studi alla *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, cioè al superamento del passato mediante il diritto e a tal fine ha elaborato due formule, citate sia dalla giurisprudenza tedesca del secondo dopoguerra in materia di repressione dei criminali nazisti, sia da quella della Germania riunificata, impegnata nella repressione dei criminali legati al regime guidato dalla *SED*³⁵. Lo sforzo del giurista tedesco suggerisce quanto complesse siano le problematiche che sollevano le transizioni da un ordinamento totalitario, ed evidenzia come esse accomunino contesti storicamente anche molto differenti. La prima formula di Radbruch, contenuta in un articolo del 1946 il cui titolo, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, può essere tradotto con “ingiustizia legale e diritto sopralegale”³⁶, trae spunto da una sentenza dell’*Amtsgericht* di Wiesbaden, che aveva dichiarato la normativa nazista in base alla quale furono effettuate le confische dei beni dei cittadini ebrei contraria al diritto naturale e quindi nulla *ex tunc*. La giurisprudenza tedesca del secondo dopoguerra si accanisce spesso sulla normativa emanata durante la dittatura nazionalsocialista, specialmente su quei provvedimenti scaturiti dalla cosiddetta “legge sui pieni poteri”, l’*Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933 dal titolo *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, il cui iter di approvazione fu contraddistinto da intimidazioni e minacce contro i parlamentari dubbiosi rispetto alla sua costituzionalità. Disciplinando il difficile rapporto tra certezza del diritto assicurata dalla legge e giustizia, con cui lo strumento legislativo può essere in contrasto soprattutto nella fase d’involuzione antidemocratica di un determinato regime, la formula radbruchiana afferma che «il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile, da far

34 Cfr. G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001. Il testo rappresenta un notevole contributo anche sui tentativi di superamento del passato nel nostro paese.

35 La *SED*, *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*, era il partito nelle cui mani era di fatto concentrato tutto il potere nella Germania comunista, la *Deutsche Demokratische Republik (DDR)*.

36 Cfr. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., alla cui traduzione mi rifaccio per ogni citazione degli scritti di Radbruch.

si che la legge, quale “diritto ingiusto”, debba cedere alla giustizia»³⁷. Con questa formula, nota come della “invalidità del diritto intollerabilmente ingiusto”, Radbruch esprime quella che egli stesso definisce “concezione umanitaria del diritto”, secondo la quale la legge positiva deve cedere il passo in casi particolarmente drammatici a principi di umanità metalegislativi³⁸.

Alcuni studiosi considerano parte integrante della formula di Radbruch anche la cosiddetta formula della negazione deliberata o *Verleugungsformel*, che, a differenza della prima, relativa al diritto intollerabilmente ingiusto, si riferisce al non-diritto (*Nicht-Recht*), a quella parte cioè di diritto nazionalsocialista che, mossa da intenti palesemente arbitrari, discriminatori e razzisti, era perciò stesso priva dei crismi della giuridicità.

É impossibile – scrive Radbruch – distinguere con una più netta demarcazione tra casi di torto legale e leggi tuttavia valide malgrado il loro contenuto ingiusto; vi è però un'altra linea di demarcazione che deve essere tracciata con la massima decisione: dove non vi è neppure aspirazione alla giustizia, dove nel porre diritto positivo venne di proposito negata l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, là la legge non è soltanto “diritto ingiusto”, ma sfugge piuttosto del tutto alla natura di diritto. E infatti il diritto, anche il diritto positivo, non può essere altrimenti definito che come un ordinamento e una posizione di norme che in relazione al proprio stesso significato è destinato a servire la giustizia»³⁹.

37 «Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als «unrechtes Recht» der Gerechtigkeit zu weichen hat». (G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 107, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957).

38 Cfr. G. Vassalli, op. cit., pag. 10. «Alla categoria (che si potrebbe anche chiamare il principio, se non addirittura il dogma) della *invalidità del diritto intollerabilmente ingiusto* si è fatto ricorso in modo notevole dalla giurisprudenza delle corti tedesche negli anni successivi fino ad oggi. Alla base di ciò possiamo collocare l'inestinguibile bisogno del giurista di fare appello, in drammatiche circostanze ma non solo, ad un diritto diverso da quello rappresentato dalla legge positiva, ma al tempo stesso di avere, in questo anelito verso un più valido diritto naturale od umano, un criterio di certezza a cui appigliarsi nelle decisioni concrete, quale potrebbe essere, appunto, il criterio della «intollerabilità».

39 «Es ist unmöglich eine Schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen del gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grezziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa

Il giurista tedesco continua poi asserendo che «secondo questo metro, intere parti del diritto nazionalsocialista non hanno mai raggiunto la dignità di diritto valido».

Dopo questo cenno al contributo di Radbruch sul delicato tema del superamento del passato attraverso il diritto, può risultare utile fornire una panoramica sui risultati cui ha portato l'uso del diritto penale nelle transizioni europee del secondo dopoguerra e sul dibattito che ne è derivato⁴⁰. Dopo la capitolazione del *Reich* tedesco, si è assistito ovunque in Europa ad un processo di epurazione, che ha conosciuto in alcuni paesi notevole intensità. Attraverso leggi retroattive, modificando i termini di prescrizione di alcuni reati o elaborando la categoria di crimini imprescrittibili come quelli contro l'umanità, sono stati processati molti criminali nazisti e numerosi soggetti accusati di collaborazionismo. Le cifre parlano di centinaia di migliaia di processi istruiti in Italia, Francia, Germania, Austria, Olanda. Sta di fatto però che ben presto le esigenze di giustizia, anche a causa della inadeguatezza dell'approccio penalistico (quantomeno nella sua accezione pienamente garantista) rispetto a contesti caratterizzati da un così elevato numero di potenziali imputati, hanno ceduto il passo a quelle di ricostruzione dello stato e di rilancio dell'economia. Si è fatto così ampio ricorso a provvedimenti di amnistia. In tal modo i conti col passato non sono mai stati fatti fino in fondo, e si è assistito ad un ciclico riaprirsi delle ferite dell'epoca nazifascista. Ne sono esempio il processo Heichmann a Gerusalemme e quello a Herik Priebke in Italia, processi che hanno evidenziato come molti carnefici del passato fossero a piede libero o ricoprissero addirittura ruoli importanti nelle neonate democrazie europee. Parallelamente al levarsi della rabbia delle vittime si è assistito nel dibattito europeo a tentativi di relativizzazione o di radicale negazione di episodi cruciali della nostra storia come la Shoah o la Resistenza, il cui precipitato etico e politico dovrebbe rappresentare l'asse portante delle nostre costituzioni. A tali tentativi si è risposto facendo ancora ricorso agli strumenti messi a disposizione dal diritto penale, elaborando il crimine di negazionismo⁴¹. In propo-

nur, "nrechtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Setzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen». (Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* cit., p. 107).

40 Riprendo anche in questo caso argomentazioni elaborate in maniera particolareggiata da A. Lollini in *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, Il Mulino 2005.

41 In tale direzione ha spinto anche l'Unione Europea, promovendo un'Azione Co-

sito alcuni autori hanno evidenziato le ambiguità e le contraddizioni di una tale politica, nonché i rischi che possono derivare dal tentativo di “blindare” la storia rafforzandone la conservazione, sia attraverso la criminalizzazione degli atteggiamenti negazionisti, sia tramite il tentativo di far coincidere la verità storica e quella giudiziaria.

Le commissioni per la verità sono dunque nate per affrontare i problemi sollevati dalle transizioni politiche attraverso un approccio olistico che garantisca l’acclaramento della verità senza i limiti dettati dall’approccio criminalistico e rappresentano una terza via tra i due estremi dell’epurazione per via penale e dell’amnistia generalizzata.

4. *La Transitional Justice*

La giustizia di transizione rappresenta un campo di ricerca in crescita esponenziale negli ultimi quindici anni. Molti sono infatti i meccanismi creati recentemente per fare i conti col gravi violazioni dei diritti umani. In breve si è assistito all’istituzione di tribunali internazionali *ad hoc*, di corti ibride, della Corte Penale Internazionale, alla proliferazione di commissioni per la verità e la riconciliazione, nonché alla creazione di ONG nazionali ed internazionali attive in questo settore.

Benché ogni paese abbia una propria via verso l’elaborazione delle verità storiche e verso la riconciliazione e benché il superamento del passato dipenda da un’opzione di natura politica che una determinata comunità può anche rifiutarsi di scegliere, esiste una sostanziale concordanza sul fatto che stru-

mune (Action Commune du 15 Juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l’art. K 3 du Traité de l’Union Européenne contre le racisme et la xénophobie (Journal Officiel des Communautés Européennes, 24 Juillet, 1996). Esiste già una legge che contempla tale crimine in Francia, la N. 90-602 del 13 luglio 1990, represso anche dal codice penale spagnolo (art. 607), da quello portoghese (art. 240), tedesco (art. 130) e da quello svizzero (art. 261 *bis*). Su problema si rinvia a E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLII, 1999, 3, pp. 1034-1074. Si consulti anche L. Pech, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper. New York: NYU School of Law, 2009, <<http://www.jeanmonnetprogram.org>>. Per ulteriori approfondimenti mi permetto di rinviare al mio *Lois Mémoires in post-genocide Societies: Rwandan Law on Genocide Ideology under Human Rights Scrutiny*, in *Leiden Journal of International Law*, Cambridge University Press, Volume 27, Issue II, June 2014.

menti messi a disposizione dalla *transitional justice* offrano alcuni vantaggi rispetto a quelli offerti dal solo processo penale⁴². Quest'ultimo è sicuramente in grado di soddisfare esigenze di giustizia e di placare la sete di vendetta delle vittime, ma non è finalizzato a rimuovere alla radice i problemi che sono all'origine delle derive antidemocratiche e dei conflitti che i paesi in questione hanno vissuto. Il tema della *transitional justice* ha così acquisito negli ultimi anni una posizione centrale nel dibattito sulla tutela e sulla azionabilità dei diritti umani in contesti particolarmente difficili, quando, all'indomani di emergenze complesse della più varia natura, giovani e ancora instabili "democrazie" tentano la via della transizione pacifica verso forme di convivenza civile rispettose dei diritti fondamentali e della dignità umana. Tale centralità è tra l'altro testimoniata dal report del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 23 agosto 2004, intitolato *Rule of Law and Transitional Justice in conflict and post-conflict societies*. Esso mette chiaramente in evidenza come pace, giustizia e democrazia non siano obiettivi singolarmente perseguibili, ma imperativi interdipendenti che si rafforzano reciprocamente, attraverso la pianificazione e conseguente implementazione di strategie basate su di un *comprehensive, victims-centred approach*⁴³. Gli studi più avanzati sulle teo-

42 Può essere utile chiarire sin da ora che il processo penale non rappresenta una rigida alternativa alla giustizia di transizione, ma ricade tra gli strumenti su cui quest'ultima fa leva nel tentativo di superamento del passato. Il malinteso secondo cui la giustizia restaurativa, ed in particolare le commissioni verità e riconciliazione, si pongono in rapporto conflittuale col *duty to prosecute* e genetico rispetto a provvedimenti di amnistia, deriva dalla forte attenzione di cui ha goduto la *Truth and Reconciliation Commission* Sudafricana, in cui il comitato per l'amnistia aveva il potere di concedere tale provvedimento solo a determinate condizioni e per reati di matrice esclusivamente politica, lasciando impregiudicate al di fuori di queste ipotesi le possibilità di esercizio dell'azione penale ove ne ricorressero gli estremi. Sull'argomento si consulti A. Lollini, *op. cit.*

43 Nel citato report si legge tra l'altro: «Justice, peace and democracy are not mutually exclusive objectives, but rather mutually reinforcing imperatives. Advancing all three in fragile post-conflict settings requires strategic planning, careful integration and sensible sequencing of activities. Approaches focusing only on one of or another institution, or ignoring civil society or victims, will not be effective. Our approach to the justice sector must be comprehensive in its attention to all of its interdependent institutions, sensitive to the needs of key groups and mindful of the need for complementary between transitional justice mechanism. Our main role is not to build international substitutes for national structures, but to help build domestic justice capacities. In some cases, international or mixed tribunals have been established to address past crimes in war-torn societies. These tribunals have helped bring justice and hope to victims, combat the impunity of perpetra-

rie di risoluzione dei conflitti convergono dunque su un importante minimo comune denominatore: la strutturale inadeguatezza del processo penale nel far fronte da solo al bisogno di giustizia e verità radicato in contesti caratterizzati da macroscopiche violazioni dei diritti umani.

Il primo limite che il processo penale fa registrare in contesti in cui le violazioni dei diritti umani sono avvenute su larga scala, diretto corollario del suo grande rigore procedurale, è quello di essere di per sé inadatto alla persecuzione di un elevato numero di colpevoli. Un esempio di tale inadeguatezza è offerto oggi dal Ruanda, paese in cui per far fronte ai carichi penali pendenti del genocidio del 1994 si è verificata l'insolita sovrapposizione di ben tre livelli di giurisdizioni: quello dell'*International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR), il tribunale *ad hoc* voluto dal Consiglio di sicurezza dell'ONU con la risoluzione 655 del novembre 1994 "acting under chapter VII" della Carta ONU, le corti ordinarie ruandesi e i tribunali *Gacaca*⁴⁴. Il ricorso a questi ultimi è reso necessario anche per l'impossibilità di istruire un processo penale per tutti i presunti responsabili del genocidio del 1994, che, sottoposti a custodia cautelare, affollavano a tal punto le carceri da rendere la situazione ai limiti dell'emergenza sanitaria⁴⁵. In quanto rivisitazione di un modello tradizionale di giurisdizione locale, i *gacaca* funzionano secondo riti e logiche nettamente divergenti rispetto alle giurisdizioni penali interna-

tors and enrich the jurisprudence of international criminal tribunal. They have, however, been expensive and have contributed little to sustainable national capacities for justice administration. The International Criminal Court offers new hope for a permanent reduction in the phenomenon of impunity and further ratification of its statute is thus to be encouraged. But while tribunals are important, our experience with truth commissions also shows them to be a potentially valuable complementary tool in the quest for justice and reconciliation, taking as they do a victim-centred approach and helping to establish a historical record and recommend remedial action. Similarly, our support for vetting processes has shown them to be a vital element of transitional justice and, where they respect the rights of both victims and accused, key to restoring public trust in national institutions of governance».

44 Sulle corti *gacaca* mi permetto di rinviare al mio *Genocide and Transitional Justice: Gacaca courts and the search for truth, justice and reconciliation in post-genocide Rwanda*, tesi di dottorato in corso di pubblicazione.

45 Si calcola che negli anni novanta più di 100.000 sospetti attendessero un giudizio nelle carceri ruandesi, rappresentando fonte di notevoli tensioni sociali ed un peso insostenibile per le finanze del paese, che spendeva per la carcerazione preventiva circa il 2% del proprio PIL. Secondo il Comitato Internazionale della Croce Rossa nel gennaio 2005 ancora 86.000 detenuti erano in attesa di giudizio.

zionali e nazionali. Basti pensare che la comunità locale elegge direttamente l'*Inyangamugayo*, il giudice del tribunale *gacaca*, partecipa personalmente alla ricostruzione dei fatti e che nel rito l'elemento centrale è la confessione innanzi ad essa di tutti i crimini commessi, in seguito alla quale si ha diritto ad uno sconto di pena.

La rigidità e l'esasperata tecnicizzazione della procedura penale di matrice occidentale, la sua macchinosità, l'estraneità rispetto alle culture giuridiche alle quali si tenta a volte di applicarne le logiche, ma soprattutto la sua incapacità di creare un nuovo vincolo sociale tra vittime e carnefici e l'esclusione della collettività nel processo di ricostruzione materiale dei fatti, fanno sì che il processo penale possa essere utilizzato come uno soltanto degli strumenti idonei a favorire i processi di riconciliazione nazionale. In un interessante contributo del 2007 intitolato *Atrocity, Punishment and International Law*⁴⁶, Marc Drumbl ha inoltre evidenziato un paradosso legato alle modalità di sanzionamento dei crimini internazionali. Dopo aver sottolineato lo stato embrionale in cui versano la penologia e la criminologia delle "mass atrocities", l'autore ha messo in luce quanto poco si sappia in merito ai meccanismi che regolano la violenza di massa ed i crimini internazionali. Drumbl in particolare mette in discussione l'uso in sede nazionale ed internazionale del processo penale per giudicare crimini che sono quasi sempre il frutto di azioni collettive, conseguenza di comportamenti omologanti e non devianti e si domanda se sia opportuno punirli al pari dei crimini ordinari, individuali e sanzionati in quanto condotte "devianti"⁴⁷.

La declinazione in chiave retributiva della pena⁴⁸ solitamente sottesa al processo penale rappresenta uno strumento efficace per combattere l'impuni-

46 Cfr. M. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, New York, 2007.

47 Cfr. P. Sullo, *Towards a Penology of International Crimes? A Reflection on the Punishment of Mass Atrocities, in the Aftermath of Genocide*, in *Reframing Punishment*, a cura di Bhavama Mahajan and Raja Bagga, Interdisciplinary Press, Oxford, UK, 2013.

48 Nello scrivere non mi sfugge né l'importanza che l'applicazione di logiche retributive alla teoria della pena ha storicamente rivestito, essendo strettamente connessa al lento processo d'oggettivazione del reato e al decadere della prassi della pena arbitraria, cifra della giustizia di *ancien-regime*, né il radicamento di una funzione preventiva ed educativa nella stessa concezione retributiva della pena. Per un'accurata ed agile analisi dell'evoluzione storica del processo penale si consulti G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*. Bari, Laterza, 2001. Si consulti anche D. Garland, *Pena e società moderna*, Milano, Il Saggiatore, 1999.

tà, ma altrettanto preziosi risultano essere i meccanismi di “giustizia restaurativa” a cui può fare ricorso la giustizia di transizione. La *restorative justice*, sviluppatasi prima nei vari ordinamenti nazionali e poi entrata a pieno titolo nel dibattito sulla giustizia di transizione, fa perno su una *ratio* ed una ritualità proprie, molto diverse rispetto a quelle sottese alla giustizia retributiva. In quest’ultima infatti sono centrali la figura di un giudice togato, il momento sanzionatorio e la determinazione della pena da infliggere sulla base della gravità del reato commesso. La giustizia restaurativa, le cui logiche sono state in parte mutate nei *truth and reconciliation models* propri delle commissioni latino americane e della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana, propone differenti strumenti di risoluzione delle controversie, tra cui l’*alternative dispute resolution*, la *victim-offender mediation*, il *victim centred approach*, il *family group conferencing*⁴⁹. Attraverso un approccio comparativo, la *transitional justice* sistematizza e sintetizza, trascendendoli necessariamente, un complesso di saperi e tecniche di amministrazione della giustizia mutuati da diverse esperienze e latitudini giuridiche. Il caso della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana o i tentativi di riconciliazione nazionale posti in essere in Sierra Leone e Guatemala sono un esempio paradigmatico della necessità di misure alternative rispetto al tradizionale impiego di principi di giustizia di matrice retributiva in contesti sensibili, dove la violazione di diritti fondamentali ha assunto proporzioni talmente ampie da mettere seriamente in discussione l’esistenza di una comunità. Anche a prescindere dalle emergenze umanitarie degli ultimi decenni, la sensibilità della storiografia giuridica più recente rispetto al tema dell’infragiudiziario⁵⁰ faceva già registrare un rinnovato interesse rispetto a modalità di amministrazione della giustizia partecipative e meno ritualizzate, più duttili, e in quanto tali forse maggiormente capaci di venire incontro alle esigenze di comunità in cui il desiderio di evitare impunità e perseguire la verità è sentito tanto quanto il bisogno di perdono e riconciliazione. Un’attenta analisi condotta recentemente dall’*International Center for Transitional Justice*⁵¹ di Bruxelles mette molto bene

49 Differente, poiché ampiamente ridimensionato, appare in questo approccio il ruolo della sanzione, mentre protagonista assoluto risulta essere lo sforzo di ricostruire un dialogo vittima-*perpetrator*: ne discende così anche un ruolo più dinamico della vittima.

50 Cfr. M. Bellabarba, G. Schwerhof, A. Zorzi, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2001.

51 Cfr. gli atti del seminario “Justicia restaurativa y Paz en Colombia”, Cali, 9-12 febbraio 2005, a cura di E. Gonzales, membro dell’ICTJ.

in risalto il legame intercorrente tra sostenibilità di un regime democratico (con tutti i corollari che l'aggettivo necessariamente postula), ed il livello di tutela dei diritti umani garantito durante la fase di transizione verso lo stato di diritto, la cui esistenza è messa in discussione da impunità o parzialità nell'acclaramento di ogni verità penalmente rilevante. Nonostante la centralità di cui gode oggi la *transitional justice* nel dibattito sulla tutela dei diritti umani, non ne esiste una definizione unanimemente. Come ricorda Alex Boraine⁵², alcuni autori hanno rifiutato questa definizione, preferendo ad essa quella di "giustizia post-conflitto", che tuttavia non sembrerebbe rappresentare adeguatamente la sfaccettata complessità di problemi sollevati dalle transizioni di regime, che possono essere frutto anche di negoziazione (come è avvenuto per il Sudafrica) o di collasso di un'entità statale. Altri riconducono la giustizia di transizione (riducendola) al sistema giurisdizionale ordinario, senza tener conto del fatto che determinati crimini mettono in evidenza proprio i limiti del processo penale in specifici contesti, in cui tra l'altro è fortemente improbabile che la macchina della giustizia ordinaria funzioni normalmente⁵³. Nonostante manchi una definizione unanime di giustizia di transizione, appare condivisa l'idea secondo la quale essa comprenda cinque aree, quella della persecuzione penale, della ricerca della verità, della riconciliazione, delle riparazioni a favore delle vittime e quella delle riforme istituzionali. Semplificando al massimo possiamo ricondurre gli strumenti più importanti a cui essa fa ricorso a quattro fondamentali macrocategorie:

52 Ex Presidente dell'*International Center for Transitional Justice* e vicepresidente della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana. Cfr. Il suo *Transitional Justice as an Emerging Field*, presentato al congresso "Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy", Ottawa, 11 marzo 2004.

53 «How can ordinary criminal justice measures ever hope to address crimes of this magnitude? In Rwanda, 800.000 people were killed within three months – how can you have a normal situation and use ordinary measures when 125.000 people have been accused and are locked up? I was recently in Sierra Leone, where there are the challenges of child soldiers and villages of amputees whose hands and arms were severed. Thousands were killed and many more injured. How do you approach that under normal circumstances? A Special Court will try 15 people but what about the 16th and the 18th person? Compare this to the approach of the Truth and reconciliation commission in Sierra Leone. They've seen thousands of people and listened in particular to people who have been hurt. The listening is so they can understand how to repair the damages. All of this examples show that there are distinct moral and political challenges of achieving justice for victims in times of insecurity and uncertainty, particularly when the basic institutions of the state are corrupted beyond redemption». Cfr. Boraine, *op. cit.*

– Strumenti di garanzia del diritto delle vittime e della società di conoscere la verità su quanto accaduto rispetto alla responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti in atti di violenza (commissioni per la verità e altri meccanismi di conservazione e diffusione delle informazioni sulle violazioni dei diritti fondamentali).

– Strumenti di garanzia del diritto delle vittime a far ricorso effettivo a tutti i meccanismi che la giustizia penale mette a disposizione (investigazione penale, tribunali domestici, o, ove essi non siano ancora in grado di funzionare, tribunali internazionali, misti o di paesi terzi che offrano adeguate garanzie di imparzialità).

– Strumenti di implementazione del diritto delle vittime di ottenere il pieno risarcimento come rimedio per le offese patite (compensazioni finanziarie, riabilitazione psico-fisica delle vittime, garanzie di reinserimento sociale).

– Strumenti d'implementazione dell'obbligo statale di prevenire la ripetizione dell'accaduto (sanzioni amministrative, esclusione di soggetti coinvolti nelle violazioni dei diritti umani, riforma degli apparati statali parimenti coinvolti, *vetting-mechanisms*).

Ogni transizione di regime resta comunque un caso a sé stante, una situazione dinamica e complessa il cui buon esito non è assicurato, benché l'ampio ventaglio di strumenti a disposizione permetta di elaborare strategie complessive calibrate sui bisogni di ogni società. Generalizzando, si è comunque osservato che le strategie che partono da un approccio globale ai problemi hanno maggior possibilità di successo rispetto a quelle che fanno leva su mezzi isolati, poiché l'impiego simultaneo di differenti strumenti può generare circuiti virtuosi.

5. *Le truth commissions*

Le commissioni per la verità sono corpi molto diversi tra loro, per mandato, poteri e per la situazione politica alla quale devono fornire risposte, ma hanno un minimo comun denominatore. Esso è rappresentato, secondo Priscilla B. Hayner, dal fatto che esse: 1) si concentrano sul passato, 2) fanno luce su una serie di violazioni dei diritti umani in un determinato periodo e non su un singolo evento, 3) sono istituzioni temporanee che di solito svolgono il proprio lavoro nello spazio di sei-ventiquattro mesi e la loro opera culmina con un

report ufficiale, 4) sono autorizzate e promosse dallo stato⁵⁴. Poiché spesso il lavoro delle *Truth Commissions* è stato erroneamente accostato a meccanismi che hanno garantito una *blanket amnesty*, un'amnistia generalizzata, è importante evidenziare subito il nesso di complementarità che unisce tali commissioni con l'azione penale⁵⁵, di cui esse non aspirano a diventare un sostituto, come testimonia il simultaneo operare in Sierra Leone di una Corte Speciale e di una *Truth and Reconciliation Commission*. Se da un lato tali organismi sono dotati di poteri meno penetranti rispetto alle corti, il fatto che si concentrino su una serie di eventi e sulle cause e le conseguenze della violenza, conferisce loro maggiore flessibilità. Spesso il loro lavoro è stato indirizzato ai pubblici ministeri, costituendo il passo preliminare per importanti processi, come insegna il caso della Commissione Nazionale Argentina sulle sparizioni forzate.

Le *truth commissions* devono essere chiaramente distinte da una serie di organi che possono dividerne alcune caratteristiche o funzioni e innanzitutto dalle cosiddette "commissioni storiche", meccanismi di indagine sul passato profondamente diversi rispetto alle commissioni per la verità. Esse hanno ad oggetto violazioni lontane nel tempo e non si inquadrano nell'ambito di una transizione politica; sono piuttosto istituite dagli stati per far luce sul passato e onorare la memoria delle vittime. Famoso è il caso dell'inchiesta portata avanti dalla *Human Rights and Equal Opportunity Commission* australiana, su richiesta del proprio governo, sulle violazioni perpetrate a danno delle popolazioni aborigene. Dopo anni d'indagini la commissione ha accertato l'esistenza di pratiche decennali di sottrazione dei figli alle famiglie aborigene al fine di farli allevare da famiglie di bianchi con propositi di assimilazione. Tali pratiche sono giunte finì agli anni settanta. Il report finale della commissione ultimato nel 1997 ha venduto settantamila copie in un anno, diffondendo nel paese la consapevolezza della vergogna delle pratiche assimilazioniste e influenzando fortemente gli esiti delle elezioni, mentre l'esecutivo si rifiutava di presentare delle scuse ufficiali nel nome dei passati governi. Anche il Canada si è affidato ad una commissione d'inchiesta per regolare le relazioni e smorzare le tensioni con le comunità indigene. I cinque

54 Cfr. P. B. Hayner, *Unspeakable Truths, facing the challenge of Truth Commissions*, New York, Routledge, 2002.

55 Per approfondimenti sul tema cfr. W. A. Schabas, *A Synergistic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone*, in *Truth Commissions and courts. The tension between Criminal Justice and the Search for Truth*, a cura di W. A. Schabas e S. Darcy, Kluwer Academic Publishers, 2004.

anni d'inchiesta sui cinque secoli di storia nazionale e su oltre un secolo di politiche assimilazioniste dei governi coloniali e dello stato canadese hanno indotto la commissione a denunciare tali pratiche, mentre il governo canadese rispondeva con un dettagliato piano di implementazione delle misure rimediale suggerite. Analogamente negli Stati Uniti il Segretario per l'Energia Hazel O'Leary ha nominato nel 1994 uno Advisory Committee su esperimenti segretamente condotti con radiazioni su pazienti ospedalizzati, prigionieri e comunità statunitensi dagli anni quaranta agli anni settanta, fornendo così «an unprecedented insight into a murky area of American history»⁵⁶.

Esistono numerosi altri esempi di inchieste ufficiali su violazioni dei diritti umani che per certi versi svolgono funzioni analoghe a quelle esercitate dalle commissioni per la verità. In Irlanda ad esempio un commissario per le vittime fu nominato dal segretario di stato inglese per l'Irlanda del Nord nel 1997 col mandato di cercare possibili vie «per riconoscere il dolore e la sofferenza delle persone soggette ai disordini degli ultimi trenta anni». Il commissario, che ha intervistato centinaia di sopravvissuti pur non portando avanti alcuna inchiesta, nel suo report ha suggerito la creazione di una *truth commission*⁵⁷.

Un cenno merita anche lo sforzo portato avanti in Etiopia da parte dello *Special Prosecutor's Office* di documentare attraverso un processo gli abusi del regime di Mengistu, con un'inchiesta ed un report finale paragonabili a quelli delle commissioni verità. Nel tentativo di denunciare la politica genocidaria del regime, i pubblici ministeri etiopi hanno incriminato più di duemila persone, usando il processo penale non solo per garantire giustizia, ma anche come piattaforma pubblica per documentare le esperienze delle vittime. Centinaia di testimoni sono stati ascoltati nelle aule del tribunale, ma alla fine l'idea di concludere il processo con un report-verità è stata abbandonata. Benché criticata, l'idea di fondere il processo penale con ampi strumenti di *truth-telling* ha rappresentato un'esperienza molto interessante.

6. Il problema della riconciliazione

Particolarmente complessa è la tematica della riconciliazione, parola che ap-

⁵⁶ Cfr. D. Gordon, *The Verdict: No Harm, no Foul*, «The Bulletin of the Atomic Scientist», 1996.

⁵⁷ *We Will Remember Them: Report of the Northern Ireland Victims Commissioner*, Sir Kenneth Bloomfield KCB, April 1998, p. 8 e 37-38.

pare nelle denominazioni ufficiali di molte *truth commissions*, compresa l'*Instance* marocchina, ma che secondo alcuni non rientrerebbe tra gli scopi primari delle commissioni per la verità⁵⁸. In letteratura non esiste un generale consenso sul significato della parola riconciliazione, vista a volte come un processo, altre come uno scopo, e sulle attività che un tale processo implicherebbe, né tanto meno sui presupposti necessari per raggiungere tale obiettivo. Il verbo riconciliare indica etimologicamente, sia in latino che nelle lingue di derivazione germanica, il ristabilimento di una relazione di pace o amicizia tra determinati soggetti. Le implicazioni religiose del termine, che nella tradizione cristiana indica la riappacificazione tra Dio e il genere umano dopo il peccato originale attraverso il sacrificio di Cristo, sono ancora molto forti. Problema preliminare nella nostra analisi è capire se, come alcuni autori sostengono, la riconciliazione abbia una dimensione esclusivamente individuale, dipendendo soltanto dai sentimenti e dalla volontà di perdonare dei singoli individui, o se essa abbia piuttosto una portata sociale (e in tal caso che rapporto ci sia tra le due sfere). Priscilla B. Hayner suggerisce di tenere ben distinti i due ambiti: lo scopo delle commissioni per la verità sarebbe la promozione della riconciliazione a livello nazionale, attraverso la condivisione di un passato di conflitti e lacerazioni, mentre sul piano individuale il superamento dei traumi e la riconciliazione restano processi intimi. Non è detto insomma che la conoscenza dell'intera verità implichi anche perdono e riconciliazione tra vittima e carnefice. Secondo la Hayner «la riconciliazione implica la costruzione o la ricostruzione oggi di relazioni non ossessionate dai conflitti e dall'odio di ieri»⁵⁹. In un saggio intitolato *What is This Thing called Reconciliation?*⁶⁰ del Centro Studi sulla Violenza e la Riconciliazione in Sudafrica vengono descritti cinque modi in cui la riconciliazione è stata intesa durante i lavori della *Truth and Reconciliation Commission*: come ideologia non razziale, come strumento di eliminazione delle distanze tra comunità separate, come ideologia religiosa che enfatizza il ruolo del perdono, come approccio basato sui diritti umani per

58 Cfr. Hayner, *op. cit.*

59 L'autrice suggerisce tre indicatori per verificare se sia o meno in atto un effettivo processo di riconciliazione. Il primo riguarda il modo in cui il passato viene preso in considerazione e condiviso tra ex nemici; il secondo fa riferimento al fondamento delle relazioni sociali sul passato o sul presente; l'ultimo alla "riconciliazione" delle versioni contraddittorie del passato non attraverso una sua unica e riduttiva interpretazione, ma attraverso l'eliminazione di quelle incentrate su bugie e omissioni.

60 Autori del lavoro sono Brandon Hamber e Hugo Van der Merwe, il paper è stato presentato al Goedgedacht Forum Cape Town, 1998.

prevenirne nuove violazioni e come forma di *community building*. Altri autori hanno però criticato la vaghezza con cui la TRC ha definito la riconciliazione e l'eccessiva enfasi posta sul perdono⁶¹. Daniel Bar Tal definisce invece la riconciliazione come «un processo psicologico per la formazione di una pace duratura», in cui ex rivali approdano ad un mutuo riconoscimento, relazioni pacifiche e considerazione dei reciproci bisogni e interessi. Questo processo di trasformazione, che secondo Bar Tal dura intere decadi, è necessario solo in quelle società vittime di conflitti protratti in cui si è formato «un ampio sostrato psicologico che sostiene l'adesione a scopi conflittuali, alimenta il conflitto e delegittima la controparte, negando la possibilità di risolvere il conflitto e impedendo lo sviluppo di relazioni pacifiche»⁶². Secondo John Paul Laderach, la riconciliazione sarebbe costituita da due elementi, un "focus" e un "locus". Poiché le relazioni rappresentano secondo Laderach al contempo la radice profonda e la soluzione di lungo termine del conflitto, il focus del processo di riconciliazione sarebbe rappresentato dalla volontà di costruire nuove e migliori relazioni tra ex nemici. In quanto "locus" essa rappresenta invece uno spazio, un luogo d'incontro dove le parti in conflitto si riuniscono per discutere sui traumi del passato e sulle speranze per il futuro, attraverso la trattazione di problemi legati alla verità, al perdono, alla giustizia e alla pace.

Altri autori, come Hugo Van der Merwe, considerano la riconciliazione come una componente essenziale di ogni processo di *peace-building* ed in essa includono «tutte le iniziative che coinvolgono entrambi i lati spingendoli verso relazioni maggiormente improntate alla cooperazione»⁶³. Gli ambiti rilevanti per riconciliazione sarebbero secondo l'autore tre, quello delle relazioni, (riguardante identità, valori, attitudini e comportamenti), quello "so-stanziale", (relativo a giustizia, verità, assistenza post trauma e sicurezza) ed infine quello dei livelli sociali (nazionale, comunitario e individuale).

Nel modello elaborato da William J. Long la riconciliazione, «mutually conciliatory accomodation between former antagonists», appare invece come

61 Cfr. B. Hamber e S. Kebble, *From truth to Transformation: South Africa Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg, Catholic Institute for International Relations Report, 1999.

62 D. Bar Tal, discorso tenuto al "Stoccolma International Forum: Truth, Justice and Reconciliation", 23-24 aprile 2002.

63 H. van der Merwe, *The truth and reconciliation Commission and Community Reconciliation: An Analysis of Competing Strategies and Conceptualization*, George Mason University, 1999.

una tappa del processo che conduce al perdono⁶⁴. In tale ricostruzione la riconciliazione è assimilata ad un *problem-solving mechanism*, un processo emotivo elaborato dalla mente umana per adattarsi al fatto che il conflitto è parte integrante delle relazioni interpersonali, poiché il mantenimento delle stesse, nonostante aggressioni e violenza, è di fondamentale importanza per la sopravvivenza ed il benessere dell'individuo.

La differenza tra la riconciliazione e gli altri meccanismi di *conflict-management* è infine ben evidenziata da Hizkias Assefa: «l'essenza della riconciliazione sta nella volontaria iniziativa delle parti in conflitto di riconoscere le proprie responsabilità e le proprie colpe... esse si impegnano in una riflessione sul proprio ruolo e comportamento rispetto alle dinamiche del conflitto»⁶⁵.

Centrale nel dibattito sul significato del concetto di riconciliazione, è la questione del perdono. Mentre alcuni autori infatti lo considerano un elemento strutturale, che ne rappresenterebbe una tappa obbligata, poiché senza perdono non potrebbe aversi riconciliazione, altri pensano che esso ricada all'esterno, relegato nella sfera intima del singolo e quindi non direttamente rilevante affinché di riconciliazione possa parlarsi. Generalizzando, si può dire che la letteratura influenzata dal pensiero cristiano tende a considerare il perdono come un elemento funzionale rispetto alla riconciliazione o addirittura la riconciliazione come una tappa sulla strada che conduce al perdono⁶⁶. Tale letteratura è accomunata dall'idea che il perdono, benché non possa essere preteso dalla vittima, la liberi sempre dal peso del passato. Gli autori che invece tendono a distinguere il perdono dalla riconciliazione sottolineano come essi implicino azioni nettamente differenti: infatti mentre il primo implica una trasformazione nella vittima, ma non necessariamente nel carnefice, la riconciliazione si fonda su un mutuo sforzo nel portare alla luce il passato, al fine di instaurare relazioni costruttive per il futuro. Alcuni autori ammettono l'esistenza di atti imperdonabili sotto il profilo individuale («perdonare senza una valida ragione equivarrebbe ad accettare la violazione e a sminuire se stessi» secondo Martha Minow), nonostante i quali però alcuni individui possono desiderare una riconciliazione, al fine di costruire un futuro di pace. La parola “perdono” inoltre è spesso criticata in quanto ambigua o troppo im-

64 Cfr. W. J. Long and P. Brecke, *War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution*, Cambridge, MIT Press, 2003.

65 H. Assefa, *The Meaning of Reconciliation, in People Building Peace: 35 Inspiring Stories from around the World*, Utrecht, European Centre for Conflict Prevention, 1999.

66 Cfr. *Working for Reconciliation*, Caritas' Handbook.

pegnativa, poiché spesso non risulta chiaro nemmeno chi o cosa si dovrebbe perdonare. Tuomas Forsberg ha introdotto una significativa distinzione tra perdono individuale e perdono sociale: quest'ultimo implica infatti la riammissione del colpevole nella "comunità morale", il che non indica affatto un suo legame con la sfera morale privata della vittima. La riconciliazione dunque afferirebbe alle modalità attraverso le quali una società profondamente divisa e polarizzata riesce a costruire un futuro inclusivo in cui i conflitti non vengono risolti con la violenza e i responsabili delle passate violazioni sono accettati come parte della comunità. La possibilità di scindere il perdono sociale dal perdono delle vittime è stata tuttavia molto criticata, e alcuni autori sostengono che il primo «non è auspicabile in una prospettiva democratica indipendentemente dal perdono delle stesse vittime», mentre altri obiettano che le commissioni per la verità o istituzioni con finalità analoghe non possono forzare le persone a concordare rispetto al passato o perdonare le violenze che hanno subito. Il perdono individuale resta dunque una scelta soggettiva che non ammette forzature, nemmeno per il bene supremo della società, se non al prezzo di alimentare frustrazione e senso d'impotenza. Dal nostro punto di vista, dunque, considerare il perdono individuale come una condizione per la riconciliazione significa investire le vittime di eccessive responsabilità: la riconciliazione non esclude la possibilità del perdono, evento possibile se misurato col metro delle "lunghe durate", ma estraneo rispetto agli obiettivi immediati connessi alla sfera del *post-conflict*.

Le molteplici interpretazioni del termine riconciliazione ne mettono a fuoco diversi aspetti: alcune sono incentrate sull'idea di uguaglianza, altre su quella di prevenzione, altri autori sono più interessati alla dimensione del perdono o delle relazioni. Il minimo comun denominatore tra esse è rappresentato, come evidenzia Karen Brounéus⁶⁷, dalla consapevolezza che la riconciliazione: implica il mutuo riconoscimento delle passate sofferenze; implica il mutamento di moduli distruttivi di interazione tra ex nemici in relazioni, comportamenti e attitudini costruttivi; rappresenta un processo verso una pace sostenibile.

La riconciliazione è dunque un processo sociale che implica il reciproco riconoscimento delle passate sofferenze ed un cambiamento di attitudini e comportamenti distruttivi in relazioni costruttive al fine di ottenere una pace sostenibile.

⁶⁷ Cfr. K. Brounéus, *Reconciliation, Theory and Practice for Development Cooperation*, Sida, 2003.

7. Violazioni dei diritti umani in Marocco e genesi della IER

Nel 1990 Hassan II ha deciso di creare un organo consultivo incaricato di dare consigli al sovrano «in tutte le materie riguardanti i diritti umani», dando vita al *Conseil Consultatif des Droits de l'Homme* (CCDH)⁶⁸. L'atteggiamento di Hassan II verso il problema dei diritti umani in Marocco è illustrato in maniera chiara dal discorso inaugurale che ha tenuto in occasione della creazione del *Conseil* l'otto maggio 1990: dopo aver accennato al bisogno di verità e riconciliazione diffuso nel paese il re ha dichiarato in maniera esplicita di non essere più disposto a tollerare critiche aperte verso la sua persona⁶⁹. Il CCDH si è da subito occupato di riforme amministrative e penali, concentrandosi sulla custodia di polizia e sulla cosiddetta *garde à vue*, che frequenti abusi rendevano di fatto simile alla detenzione *incommunicado*. La normativa allora vigente consentiva infatti la detenzione dei sospetti per un massimo di quattro giorni prima di formulare formalmente un'accusa. La disposizione fu inasprita nel 1962, elevando comunemente il limite a sei giorni e a dodici per coloro sospettati di rappresentare una minaccia per lo stato. L'obbligo legalmente previsto di avvisare le famiglie dei fermati non veniva di fatto quasi mai rispettato⁷⁰.

Nel 1998 il CCDH ha preso in esame i casi pendenti di sparizioni forzate, giungendo a conclusioni che rappresentavano un importante precedente, ma in sé aspramente criticate dagli attivisti per i diritti umani. La lista presa in considerazione (sempre su richiesta regia) dal *Conseil* divideva i prigionieri, in “pentiti” o “spariti”, non era infatti esaustiva, contemplando in totale solo 112 *missing persons*. Di queste 56 furono dichiarate morte, 12 viventi all'estero, 44 “di fatto sconosciuto”. Nessun riferimento veniva fatto al popolo Sahrawi né venivano forniti dettagli sulle persone decedute. Il CCDH tuttavia ha domandato al re la formazione di un comitato che “guardasse da vicino ed

68 Cfr. Dahir N 1.90.12, dell'aprile 1990, articolo 1.

69 «Tutti i marocchini sono stanchi di sentire che ci sono persone imprigionate per motivi politici in Marocco [...] Se un giorno dovessimo leggere che un marocchino ha detto che una qualche regione non faccia parte del territorio marocchino, considererei questa una eresia e questa persona non potrebbe essere processata nell'ambito di quanto previsto dalla legge, non potendosi applicare in questo caso né lo status di detenuto, né quello di prigioniero politico». Cfr. *Conseil Consultatif des Droits de l'Homme, CCDH: Ten Years in the Service of Human Rights*, Rabat, Al Maarif, Al Jadida, 2000.

70 Cfr. V. Opgenhaffen e M. Freeman, *Transitional Justice in Morocco: Progress Report*, International Center for Transitional Justice, New York, 2005, pp. 8 ss.

esaminasse più in profondità i casi menzionati”, rendesse pubblici i risultati delle proprie indagini e fosse abilitato al rilascio di certificati di morte dimostrando così di considerare il lavoro svolto sino a quel momento solo come un incipit⁷¹. Il CCDH ha anche richiesto la creazione di un comitato per le riparazioni⁷². Gli anni novanta hanno fatto registrare un notevole ampliamento dell’eco suscitata dal dibattito sui diritti umani, grazie al lavoro di diverse ONG, alle pressioni di Amnesty International e alla creazione, nel 1993, di un ministero per i diritti umani, abolito poi nel 2004. Il processo è culminato nella nomina di Abderrahmane al-Youssofi, attivista politico a lungo esiliato, a primo ministro. Nell’aprile del 1999 il CCDH ha raccomandato al re la creazione di un organo che determinasse compensazioni per le vittime di determinati abusi. Il re ha approvato la creazione di quello che poi diventerà l’*Independent Arbitration Panel* poche settimane prima della sua morte, nel luglio del 1999.

Mohammed VI non ha perso tempo nel prendere le distanze dalla politica paterna, ammettendo subito le responsabilità statali nelle sparizioni forzate e licenziando l’ultraconservatore odiato ministro degli interni Driss Basri. Il giovane re ha nominato i membri dell’*Independent Arbitration Panel*⁷³, incaricato di determinare le compensazioni da assegnare alle vittime di sparizioni forzate e detenzione arbitraria negli anni compresi tra il 1956 e il 1999.

Il termine ultimo concesso al panel, che ha iniziato il suo lavoro il primo settembre 1999 fu fissato per il 31 dicembre, cosicché ad esso sono giunte più

71 I certificati di morte rivestivano una notevole importanza per tutti i parenti di persone sparite, che senza di essi non potevano accedere a tutta una serie di diritti di successione.

72 Cfr. Conseil Consultatif des Droits de l’Homme, *CCDH: Ten Years in the Service of Human Rights*, Rabat, Al Maarif, Al Jadida, 2000, p. 122-123: «Domandiamo che tutte le persone interessate o i loro eredi traggano beneficio da adeguate compensazioni seguendo la tradizione secondo cui tu proteggi e tuteli la dignità dei tuoi sudditi. Uno speciale comitato di arbitraggio dovrebbe essere creato per determinare l’importo delle compensazioni per coloro che ne hanno diritto».

73 Il panel si componeva di tre magistrati della Suprema Corte, uno dei quali fungeva da presidente, quattro membri del CCDH, un rappresentante del ministero della giustizia e uno del ministero degli interni. Il suo atteggiamento iniziale verso le vittime fu piuttosto ambiguo: nel discorso inaugurale il Panel domandò al re di «perdonare tutti quelli che sono stati pazzi abbastanza da commettere, sostenere o partecipare ad un crimine e minacciare la sicurezza dello stato e tutto ciò che può essere risultato dalla reazione delle forze pubbliche impegnate a proteggere il paese».

di 6000 domande dopo la scadenza, che non furono prese in considerazione (5127 furono invece le domande pervenute entro il termine). Il panel in quattro anni ha ascoltato la testimonianza di 8000 persone in 196 udienze generali e circa 400 individuali. Esso ha preso 5488 decisioni, 3681 domande sono state accolte, 889 rigettate, 750 sospese in attesa di futuro giudizio e 133 sono state reputate prive di fondamento. L'ammontare totale delle riparazioni ha corrisposto a circa cento milioni di dollari. Nel circuito degli attivisti dei diritti umani è stata positivamente valutata l'implicita ammissione delle responsabilità della monarchia derivante dal suo appoggio al lavoro del Panel. Critiche ha invece suscitato la scelta dei parametri per determinare l'ammontare delle compensazioni, il fatto che fossero basate sul reddito percepito al momento delle violazioni e non sull'offesa subita, il loro carattere esclusivamente pecuniario, l'esclusione di alcuni crimini dal novero di quelli risarcibili e la mancanza di trasparenza⁷⁴. Inoltre, coloro che richiedevano le riparazioni erano preventivamente obbligati a considerare vincolante la decisione del Panel. Un ulteriore motivo di delusione è rappresentato dal termine ultimo eccessivamente breve, che ha lasciato fuori dalla competenza del Panel circa 6000 domande. La mancanza di pubblicità nei lavori e nell'opera d'investigazione ha rappresentato un altro motivo di critica verso il lavoro del Panel.

Alla fine degli anni '90, mentre l'*Arbitration Panel* iniziava i propri lavori, alcuni attivisti assieme ad ex prigionieri politici diedero vita al *Forum Vérité et Justice*⁷⁵ (FVJ), una ONG al cui vertice fu apposto Driss Benzekri. La ONG, assieme all'AMDH e all'OMDH ha fatto pressione affinché si creasse una commissione per la verità indipendente e perché il concetto di riparazioni adottato dal Panel fosse sostituito con uno più ampio. Inoltre il FVJ ha organizzato *caravanes de vérité* negli antichi centri di detenzione dove ha raccolto testimonianze secondo modalità per molti versi simili a quelle rese nelle udienze pubbliche dalla Truth and Reconciliation Commission sudafricana. Per conformarsi ai cosiddetti Principi di Parigi⁷⁶ il re nell'aprile 2001 ha mutato la composizione del CCDH, in cui è stato diminuito il numero dei

74 Cfr. *Human Rights at a crossroad*, HRW. Il Panel interpretò liberamente il concetto di sparizione forzata, includendovi anche casi di esilio forzato dentro o fuori il paese.

75 La ONG fu creata durante la conferenza di Casablanca dell'ottobre del 1999. Lo slogan della prima conferenza stampa organizzata dal Forum fu «no to forgetting, no to a spirit of revenge, yes to truth, yes to steps that restore justice and permit the page to be truly turned». Cfr Campbell, *op. cit.*

76 Cfr. i Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani.

soggetti di nomina partitica, garantendo maggiore spazio alle ONG; al suo vertice fu nominato Driss Benzekri. Alla fine del 2003 il CCDH ha suggerito la creazione di una commissione per la verità, inaugurata il 7 gennaio 2004 ad Agadir, previa approvazione regia delle raccomandazioni del CCDH⁷⁷.

8. *L'IER al lavoro*

La commissione si componeva di 16 membri di nomina regia su indicazione del CCDH, nove dei quali già membri del CCDH stesso. Tra essi spiccano molti prigionieri politici e vittime di tortura. La componente femminile risultava piuttosto bassa, figurando una sola donna tra i membri della commissione. Benchè sia assente nella denominazione ufficiale il termine “verità”, lo stesso Mohammed VI ha equiparato la commissione ad una *truth commission*, evidenziando con forza la portata storica del compito affidatole⁷⁸. Lo statuto della IER, elaborato dalla medesima e approvato tramite il Dahir (decreto regio) N. 1.04.42 il dieci aprile 2004, ne definisce il mandato, la competenza *ratione materiae e ratione temporis* e le attività⁷⁹. Pur mancando nello statuto un termine ultimo, essa ha inizialmente deciso di completare i suoi lavori nel giro di un anno, entro il 12 aprile 2005, ma il mandato dell'IER è stato in seguito esteso fino al 30 novembre 2005. L'articolo 6 dello statuto definisce l'IER come un *nonjudicial body* che non può fare riferimento alle responsa-

⁷⁷ Il sovrano parla della IER come di uno strumento per scoprire la “verità”. Tale parola manca nella denominazione ufficiale ma è presente ad esempio nel sito internet della commissione.

⁷⁸ Nelle parole del governo la commissione «Seeks to close definitively the file of human rights abuses committed in the past. It is tasked with making just reparations to achieve the rehabilitation of victims, and their social reintegration, while conducting investigations to clarify cases of disappearance. The commission is working to seek the truth on enforced disappearances, arbitrary detentions, and the pursuit of a judicial treatment of human rights violations. It must respond to the demands of families, emphasizing the need to repair the harm suffered, which should not be limited to paying compensation but should also include rehabilitation, both in an individual and collective sense, of the victims. In the case of persons who are determined to have died, the commission will seek to find where the bodies are buried and to establish the responsibilities of different state bodies».

⁷⁹ Esso si compone di 27 articoli divisi in sei parti distinte: disposizioni generali, poteri, struttura operativa, amministrazione e questioni finanziarie, comunicazione e informazione e disposizioni finali.

bilità individuali, le cui prerogative includono l'inchiesta, l'investigazione, la valutazione, l'arbitraggio e la raccomandazione⁸⁰.

Lo statuto all'articolo 8 definisce la competenza *ratione temporis* della commissione, che si estende dal momento dell'indipendenza marocchina, nel 1956, fino alla creazione dell'*Arbitration Panel* nel 1999. La competenza *ratione materiae* della commissione si limita a due categorie di *gross human rights violations*, come esplicitato nell'articolo 5 dello statuto, le sparizioni forzate⁸¹ e la detenzione arbitraria⁸², commesse da agenti dello stato, individui o gruppi che agiscono dietro ordine di pubbliche autorità. È molto interessante notare tuttavia come l'IER abbia interpretato in maniera esplicitamente estensiva tale competenza, facendovi rientrare ogni violazione dei diritti umani potenzialmente connessa a sparizioni forzate e detenzione arbitraria, come la privazione della vita, la tortura o il diniego del diritto a un equo processo. Tali atti possono indifferentemente essere avvenuti in Marocco o all'estero, ricadono comunque nella "giurisdizione" della commissione.

Gli obiettivi che la commissione si prefigge sono esplicitati all'articolo 9 dello statuto, e comprendono la ricerca della verità, di adeguate misure di riparazione e la raccomandazione di misure tese ad evitare la ripetizione degli abusi. Tra gli scopi rientrano quello di «far luce su natura e dimensioni delle gravi violazioni dei diritti umani commesse nel passato [...] attraverso investigazioni, raccolta d'informazioni, consultazione degli archivi ufficiali, ricerca di informazioni e dati utili a chiarire le verità provenienti da ogni soggetto»⁸³. In esplicita rottura con la politica dell'*Arbitration Panel*, le riparazioni vengono concettualizzate dall'IER in maniera piuttosto ampia, inclu-

80 L'articolo recita: «The prerogatives of the Equity and Reconciliation Commission are nonjudicial and do not call into question the individual responsibility for the violations. These prerogatives include the inquiry, the investigation, the assessment, the arbitration, and the recommendation».

81 Esse sono definite come «the abduction or arrest of one or more persons and their illegal restraint, against their will, in a secret place by unduly depriving them of their freedom through the act of government officials, individuals or groups acting on behalf of the state, or denial of these acts and refusal to disclose their fate which deprive them of any legal protection».

82 La detenzione arbitraria è definita come «any illegal restraint or detention not in conformity with the law occurring in violation of the basic principals of human rights, in particular individuals' rights to freedom, life and bodily integrity and on the grounds of their political, trade-union, or association activities».

83 Cfr. art. 9 statuto IER, punto 1.

dendo riabilitazione psicofisica e reintegrazione sociale delle vittime, nonché la soluzione dei problemi legali e le questioni connesse alla restituzione della proprietà illegittimamente sottratta. Il gruppo di lavoro sulle riparazioni della commissione si occupa inoltre delle domande pervenute all'IAP dopo il termine ultimo e rimaste sostanzialmente inevase⁸⁴. I poteri investigativi della commissione non comprendono i cosiddetti *subpoena powers*, cioè poteri di citazione in giudizio sanzionati, nè poteri di confisca. Tuttavia esiste in capo a tutti i pubblici ufficiali un generale dovere di collaborazione con la commissione⁸⁵.

Questa è stata divisa in tre gruppi di lavoro, rispettivamente incaricati delle investigazioni, delle riparazioni, e di studio e ricerca⁸⁶. Il primo gruppo era incaricato «to investigate the cases of forced disappearance victims whose fate is undetermined, whether they are still alive or not», nonché «gather all information and documents, and collect testimonies concerning events and facts related to different type of violations committed in the past». Il secondo gruppo era invece incaricato di ultimare il lavoro dell'*Independent Panel* rispetto alle riparazioni e di esaminare le richieste d'indennizzo presentate dai soggetti che ne fanno domanda all'IER⁸⁷. Il terzo gruppo infine era responsabile delle ricerche necessarie per il compimento della missione della commissione e della stesura del rapporto finale⁸⁸. La commissione in seguito ha creato due comitati *ad hoc*, il *Public Hearings Committee*, formato nel luglio 2004 allorchè essa ha deciso di tenere udienze pubbliche, e il *Final Report Committee*. L'IER ha stabilito il termine perentorio di un mese per la presentazione delle domande, a partire dal 12 gennaio 2004. Le tredicimila domande presentate entro i termini si sono aggiunte ai casi non esaminati dall'IAP.

Per fronteggiare un numero così elevato di casi, la commissione si è dotata di un raffinato database. Inoltre ha garantito immediata assistenza medica a circa mille persone, stimando che in totale 9000 soggetti soffrivano ancora di problemi psicofisici derivanti dagli abusi del passato regime⁸⁹.

La *reparation unit* ha proposto un programma di riparazioni materiali, individuali, collettive e simboliche, che includono la conversione di ex centri

84 Cfr. art. 17 statuto IER.

85 Cfr. art. 10 statuto IER.

86 Cfr. art. 15 statuto IER.

87 Cfr. art. 17 statuto IER.

88 Cfr. art. 18 statuto IER.

89 Cfr. *Transitional justice in Morocco*, nota 72 p. 16, *op. cit.*

di detenzione. Il programma è stato pubblicamente discusso in molti forum che hanno visto la partecipazione di ONG e membri del governo marocchino. Il gruppo di lavoro sulle investigazioni ha percorso il paese incontrando numerose vittime e raccogliendo un'impressionante mole di testimonianze, che spesso hanno permesso di risolvere casi di sparizioni rimasti oscuri⁹⁰.

Il gruppo di ricerca ha supportato l'azione del gruppo investigativo, preparando tra l'altro numerosi studi sulla protezione costituzionale dei diritti umani, sulle riforme del settore sicurezza e sulle modalità di promozione dei valori democratici.

Anche se il suo mandato non prevede espressamente udienze pubbliche, l'*Instance*, dall'incarico affidatole di «sviluppare e promuovere una cultura del dialogo», ha dedotto fosse opportuno tenerne alcune. La scelta è stata motivata dall'intenzione della commissione di riabilitare le vittime dando loro voce e concedendo loro la possibilità di condividere con il resto del paese le proprie sofferenze, in questo influenzata dall'importantissimo precedente della *Truth and Reconciliation Commission sudafricana*. Le udienze pubbliche hanno rappresentato l'attività più visibile della commissione, essendo alcune di esse state trasmesse dal vivo, senza censure e senza tagli. Le sette sessioni di udienze pubbliche hanno avuto luogo in regioni rappresentative dei luoghi più duramente colpiti dalla repressione⁹¹, ma l'ultima di esse, prevista a Laayoune, nel Sahara occidentale, è stata purtroppo cancellata per motivi di sicurezza. Esse sono state seguite da un folto pubblico, rappresentativo della società civile marocchina, degli ambienti governativi e delle ONG attive nel settore dei diritti umani. Come anticipato, l'impossibilità per la vittima di fare nomi dei responsabili ha suscitato notevoli critiche, tanto che l'AMDH ha organizzato sedute alternative in cui era possibile nominare dei presunti responsabili della violenza⁹².

I criteri di selezione delle testimonianze (gender, rappresentanza territoriale, importanza delle singole storie) hanno avuto una grande importanza nel tentativo di dare un'immagine quanto più completa possibile delle violazioni commesse, visto che meno dell'1% delle vittime ha avuto la possibilità di testimoniare. Nello svolgimento del suo mandato, l'IER è riuscita a determinare

90 Cfr. IER, *Fiche méthodologique succincte*, disponibile su <<http://www.ier.ma>>.

91 Le udienze pubbliche hanno avuto luogo a Rabat, Figuig, Rachidia, Kenifra, Marrakech, ed El Hocheima.

92 Cfr. *Tèigmonages en tute liberté pour la vèritè*, febbraio 2005, disponibile su <http://amdhd.org.ma/html/act_pub.asp>

il destino di 742 persone scomparse, molte delle quali morte a causa dell'uso sproporzionato della forza da parte degli apparati di sicurezza⁹³. La Commissione ha anche sottolineato casi di mancato supporto del proprio operato da parte delle autorità marocchine⁹⁴. L'IER nel suo report finale ha concluso che la detenzione arbitraria è stata praticata con sistematicità in Marocco a partire dagli anni sessanta, evidenziando pratiche illegali che in molti casi rispecchiano fattispecie riconducibili alla tortura⁹⁵. L'IER ha concluso che il diritto internazionale dei diritti umani garantisce alle vittime di gravi violazioni il ricorso ad un rimedio adeguato e a congrue riparazioni conformemente ai più recenti sviluppi in materia che riflettono quanto sancito nei cosiddetti Van Boven/Bassiouni principles⁹⁶. I membri della IER hanno studiato le politiche di

93 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, pp. 9-10: «The Commission discovered, verified and specified the identity and places of burial of 89 individuals who died during captivity in Tazmamart (31), Agdez (32), Qal'at Mgouna (16), Tagounite (8), Gourrama (1) and in the surroundings of the Mansour Ad-Dahbi dam (1). The Commission discovered and specified the identity and places of burial of 11 individuals who died during armed clashes, 7 of whom died in 1960 - (Barkatou Group and Moulay Chafii) and 4 others died in 1964 (Sheikh Al Arab Group). The Commission arrived at the conclusion that 325 people of those who were considered missing in fact died as a result of the public forces' disproportionate use of force during the riots of 1965, 1981, 1984, 1990 as follows: - 50 in Casablanca in 1965 - 114 in Casablanca in 1981 - 112 in Fes in 1990 - 49 during the events of 1984 as follows: 13 in Tetouan, 4 in Ksar El Kebir, 1 in Tangiers, 12 in Al Hoceïma, 16 in Nador and its surroundings, 1 in Zaïo and 2 in Berkane».

94 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 12.

95 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 13: «Detainees were forced to remain still and in one position, either seated or lying on the floor, hand-tied and blindfolded, from the time of their transfer to the illegal detention centre, except when they were being subjected to torture; Prohibition to talk and communicate with other prisoners; Ill-feeding, both in quality and quantity; Prohibition to go to the washrooms, except on rare occasions or depending on the warden's choice; Lack of basic hygiene conditions and prohibition to wash during first months of detention. This situation caused women moral suffering, especially during menstruation periods: Spread of lice and other insect pests; Lack of medical treatment in case of illness, and in cases of extreme emergency, it was provided too late; Sometimes depriving women from medical assistance in cases of miscarriage of birth».

96 Cfr. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005.

riparazione di commissioni per la verità precedentemente istituite, optando per una combinazione di riparazioni individuali e collettive. Le prime includono compensazioni finanziarie, rimozione di limiti alla libera circolazione tramite la restituzione di passaporti, riassunzione di soggetti indebitamente licenziati⁹⁷, misure finalizzate al reinserimento sociale delle vittime⁹⁸ e riabilitazione medica⁹⁹. La Commissione ha anche creduto di dover garantire riparazioni collettive di natura simbolica, quali lo smantellamento di centri di detenzione illegali, in regioni del paese dove la violenza politica statale ha assunto proporzioni particolarmente rilevanti¹⁰⁰. Le raccomandazioni formulate dall'IER al governo marocchino riguardano la protezione costituzionale e il rafforzamento della tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento alla presunzione di innocenza, al diritto ad un equo processo, e alla separazione dei poteri¹⁰¹. Infine, la Commissione ha sollecitato l'adozione di un piano nazionale per la lotta contro l'impunità¹⁰². È doveroso sottolineare che nel suo report l'IER ha anticipato molte

97 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 24: «Were identified the files related to individuals suspended or fired from an employment in the public or semi-public sector, and whose cases were not settled either partly or totally, based on the facts contained in the files and the accounts presented to the Commission; Were issued recommendations and memorandums about the cases and suggested measures to be taken by the adequate governmental and non governmental organs».

98 *Ibid.*

99 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 25.

100 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 28.

101 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 35.

102 Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 36: «The Commission believes that this strategy needs to be grounded in the rules of international law on human rights, by making the penal law consistent with Morocco's international commitments, by: Incorporating and defining the responsibility and sentences as stipulated in international tools; Making responsible any employee in the public sector empowered with the application of laws to report any information about the crimes committed, regardless of the party responsible for these acts; Establishing specific requirements for the protection of victims of gross human rights violations and their right-holders, as for example during hearings, by ensuring means of recourse for civilian parties to appeal for justice for rehabilitation and reparations».

tematiche che hanno rappresentato il fulcro del movimento di protesta del 20 febbraio 2011 che ha aperto la strada ad una successiva riforma costituzionale. La riforma, approvata nel luglio 2011 tramite referendum al quale ha partecipato il 72% degli aventi diritto, dopo che un comitato di nomina regia aveva elaborato un nuovo testo costituzionale, riduce il potere del re, che non è più persona sacra, ma solo inviolabile, pur mantenendo la qualifica di “comandante dei fedeli” (titolo solitamente invocato dai monarchi marocchini per superare l’ostacolo posto dalla divisione dei poteri). Il re mantiene inoltre il potere di sciogliere il parlamento e congedare il primo ministro. Il potere del parlamento in seguito alla riforma risulta rafforzato a discapito di quello regolamentare dell’esecutivo, così come rafforzate risultano le garanzie per le minoranze¹⁰³.

9. *Ombre sull’IER*

Diversi aspetti dell’IER, come talune delle sue modalità operative, hanno attratto aspre critiche. In particolare sono state evidenziate l’incapacità di raggiungere un vasto pubblico, la mancanza di *subpoena powers* e la scarsa capillarità della sua azione sul territorio nazionale (la commissione disponeva di un solo ufficio permanente a Rabat). Un altro problema è legato alla mancanza d’indipendenza e di differenziazione dal CCDH (metà dei membri della commissione ha mantenuto il proprio incarico nel CCDH). L’IER ha anche avuto rapporti tesi con alcune importanti ONG nazionali, che tuttavia hanno istituito comitati per monitorarne il lavoro. Inoltre un allarmante peggioramento della situazione dei diritti umani in Marocco durante e dopo i lavori della IER è stato denunciato dall’International Center for Transitional Justice (ICTJ)¹⁰⁴. I limiti più evidenti del mandato della IER riguardano tuttavia il

103 Cfr. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, <http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/constitutional_reform_in_arab_/marokko.cfm>.

104 Cfr. V. Opgenhaffen and M. Freeman, *Transitional Justice in Morocco: A Progress Report*, ICTJ, New York, USA, November 2005, p. 20: «Other concerns about the IER relate to the broader political context in which it operates, particularly the issue of ongoing impunity for serious human rights violations. The Moroccan government appears to be backsliding in the area of civil liberties and human rights. Although the government has taken steps to criminalize torture under domestic law, there are new reports of forced confessions, torture, and violations of *garde à vue* laws being committed in the country’s

suo limitato potere di denuncia delle responsabilità penali individuali. Tale limite è in contrasto con due importanti principi di diritto internazionale attualmente in fase di emersione e progressiva definizione. Il primo è quello che sancisce il diritto alla verità, individuale e collettiva, in capo alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani, contemplato da una molteplicità di strumenti di soft law. Louis Joinet, negli omonimi principi in seguito aggiornati dalla professoressa Diane Orentlicher ha dichiarato che il diritto alla verità

draws upon history to prevent violations from recurring in the future. Its corollary is a “duty to remember”, which the State must assume, in order to guard against the perversions of history that go under the names of revisionism...; the knowledge of the oppression it has lived through is part of a people’s national heritage and as such must be preserved.

Il Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity in particolare dichiara «the inalienable right to know the truth about violations»¹⁰⁵. In particolare in base ai principi menzionati

Every people has the inalienable right to know the truth about past events concerning the perpetration of heinous crimes and about the circumstances and reasons that led, through massive or systematic violations, to the perpetration of those crimes. Full and effective exercise of the right to the truth provides a vital safeguard against the recurrence of violations¹⁰⁶

I principi sull'impunità si spingono ancora oltre, riconoscendo il diritto degli individui a conoscere la storia della propria oppressione:

A people’s knowledge of the history of its oppression is part of its heritage and, as such, must be ensured by appropriate measures in fulfillment of the State’s duty to preserve

own “war on terrorism.” In addition, renewed concerns about freedom of the press have been expressed following a crackdown on journalists such as Ali Mrabet, who was forced to serve jail time and is forbidden to write for the next 12 years for “insulting the King,” “challenging the territorial integrity of the state,” and “undermining the monarchy”. In addition, the Western Sahara remains an area marred by violence and a virtual media blackout. Recent reports indicate significant abuses against civilians and suspected rebels, both by the Moroccan military and by Polisario. In this context, it is unfortunate that the public hearing at Laayoune was cancelled, especially given that most cases of enforced disappearance seemed related to the Western Sahara».

105 Cfr. UN Doc. E/CN.4/2005/102, 18 febbraio 2005, p. 7.

106 Cfr. UN Doc. E/CN.4/2005/102, 18 febbraio 2005, p. 7.

archives and other evidence concerning violations of human rights and humanitarian law and to facilitate knowledge of those violations. Such measures shall be aimed at preserving the collective memory from extinction and, in particular, at guarding against the development of revisionist and negationist arguments¹⁰⁷.

In fine, il principio numero sei, soffermandosi sul ruolo delle commissioni per la verità stabilisce che

To the greatest extent possible, decisions to establish a truth commission, define its terms of reference and determine its composition should be based upon broad public consultations in which the views of victims and survivors especially are sought. Special efforts should be made to ensure that men and women participate in these deliberations on a basis of equality. In recognition of the dignity of victims and their families, investigations undertaken by truth commissions should be conducted with the object in particular of securing recognition of such parts of the truth as were formerly denied.

L'esatta portata del diritto alla verità nel diritto internazionale non è comunque chiara, tanto che esso sembra collocarsi «somewhere on the threshold of a legal norm and a narrative device»¹⁰⁸. Esiste comunque a livello internazionale un certo trend verso il riconoscimento del diritto individuale e collettivo delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani a conoscere in pieno la portata dei crimini commessi, l'identità dei loro autori e il fato dei propri cari. Alla luce di queste ultime considerazioni, i limiti dell'azione dell'IER appaiono chiari: la scoperta della verità, anche in contesti come quello sudafricano, dove è stata garantita un'amnistia individuale a coloro che erano disposti ad autodenunciare i propri crimini di natura politica, rappresenta uno degli obiettivi primari nell'agenda della giustizia di transizione, nonché una premessa essenziale per le dovute “garanzie di non ripetizione” dei crimini perpetrati. La Truth and Reconciliation Commission sudafricana nel suo report finale ha individuato quattro significati fondamentali che il concetto di verità può assumere: fattuale o “forense”, personale o narrativo, sociale e terapeutico o ristorativo¹⁰⁹. La verità è fattuale quando si riferisce all'acclaramento di fatti effettivamente accaduti nella realtà. Essa ha una duplice dimensione, individuale e collettiva, evidenziata anche nel *Set of Prin-*

107 Cfr. UN Doc. E/CN.4/2005/102, 18 febbraio 2005, principle III, Duty to Preserve Memory, p. 7.

108 Cfr. Y. Naqvi, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, «International Review of the Red Cross», volume 88, N. 862, giugno 2006, pp. 245-273, a p. 273.

109 Cfr. Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Final report, I, 1998.

principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity. Secondo Michael Ignatieff la verità nella sua dimensione fattuale risulta utile a «ridurre il numero di menzogne che possono circolare senza esser contestate nel dibattito pubblico»¹¹⁰. Il secondo aspetto della verità discusso dalla TRC sudafricana è quello personale o narrativo, che riguarda l'elaborazione individuale della violenza e la conseguente narrazione che ne emerge. Il livello sociale della verità è connesso alle modalità d'elaborazione e narrazione dei fatti da parte di diversi gruppi in una data società. Infine la verità terapeutica è definita nel report finale della TRC come «the kind of truth that places facts and what they mean within the context of human rights relationships – both among citizens and between the state and its citizens».

Connesso al diritto alla verità è il principio *aut dedere aut iudicare* ed il sotteso *duty to prosecute*, l'obbligo esistente in capo agli stati di perseguire i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani o di estradarli verso stati in grado di garantire un giusto processo. Il principio *aut dedere aut iudicare* è codificato in importanti trattati internazionali, ed in particolare nelle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 e nella Convenzione contro la tortura (CAT), sottoscritta dal Marocco nel 1986 e ratificata nel 1993¹¹¹.

L'obbligo di perseguire è stabilito anche nella convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio del 1948. Benché anche in questo caso parte della dottrina neghi che una norma di carattere consuetudinario che impone un generale obbligo di perseguire gli autori di crimini internazionali si sia già cristallizzata, appare innegabile che amnistie generali per *gross violations* dei diritti umani siano contrarie al diritto internazionale¹¹². Anche le Nazioni

110 Cfr. M. Ignatieff, *Articles of Faith, Index on Censorship*, 5, 1996, p. 113, traduzione mia.

111 Particolarmente rilevante per la nostra indagine risulta essere l'articolo 7 della CAT, che recita: «The State Party interterritory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found, shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings».

112 Tra coloro che negano si sia già consolidata una norma consuetudinaria c'è An-

Unite hanno assunto questa posizione in maniera chiara negli ultimi anni. Il Marocco, avendo ratificato la Convenzione contro la tortura, ha un preciso dovere internazionalmente sancito di perseguire o estradare i responsabili di questo crimine, rispetto al quale risulta inadempiente nel momento in cui decide di non far luce sul fondamento di una *notitia criminis* riportata all'IER. Il volume d'informazioni raccolte dall'IER con riguardo a più di quarant'anni di violazioni dei diritti umani in Marocco rappresenta uno dei suoi più grandi successi, che risulta tuttavia frustrato dal fatto che questi dati non possono essere inoltrati ai procuratori nazionali al fine di aprire dei processi. Questo senso di frustrazione è rafforzato dalla lettura del rapporto finale dell'IER nella parte dedicata alla riconciliazione. Il concetto stesso di riconciliazione non viene definito e si parla semplicemente di «riconciliazione dei marocchini col proprio passato», senza alcun esplicito riferimento alle responsabilità della corona né ai soggetti che un tale processo deve includere. Nelle parole dei commissari

In agreement with the Moroccan people's reconciliation with their past, Morocco opted for the path of peaceful reconciliation, justice and equity to face the past violations. It chose reconciliatory justice over an accusatory justice, and historical truth over judicial truth. Indeed, such kind of justice cannot be dealt with in courtrooms but only in the public space, to include the social, cultural and political realms¹¹³.

Le ricadute di una tale scelta, di natura squisitamente politica, sul processo di riconciliazione nazionale potranno essere misurate solo col metro della “lunga durata”, ma la scelta di non dare alcuno spazio alla giustizia retributiva e all'acclaramento delle responsabilità penali individuali resta ampiamente opinabile.

10. Conclusioni

Anche se nel dibattito sulla giustizia di transizione è ben consolidata l'idea che essa includa una serie di strumenti adottati in una fase di cambiamento

tonio Cassese (cfr. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003); in senso contrario invece C. Bassiouni, L. Sadat, C. Edelenbos, D. Orentlicher, and N. Roht-Arriaza. Cfr. Michael P. Scharf, *Aut dedere aut Iudicare*, Max Planck Encyclopedia of International Law, Oxford University Press, giugno 2008.

¹¹³ Cfr. Kingdom of Morocco, National Commission for Truth, Justice and Reconciliation, Summary of the Final Report, p. 29.

politico, in Marocco l'IER è stata creata come strumento di consolidamento del regime monarchico più che di riforma politico-istituzionale. L'IER ha fatto luce su pratiche consolidate di abuso dei diritti umani, ma paradossalmente si è inserita in una dinamica di consolidamento dello stesso regime che le ha scatenate¹¹⁴. La riconciliazione del Marocco col proprio passato sembra inoltre essere considerata un sottoprodotto quasi automatico del lavoro della IER e del dibattito che essa ha suscitato, più che il risultato di una vera politica *ad hoc* attuata nel rispetto dei trattati sui diritti umani in vigore e conforme alle aspettative di tutta la cittadinanza. L'IER per molti aspetti è un organismo senza precedenti in Marocco e nel mondo arabo, ed il cauto ottimismo con cui è stata recepita è giustificato dalla speranza che possa innescare una sorta di effetto domino, nonché dalla sua capacità di anticipare tematiche in parte fatte proprie dalla recente riforma costituzionale. Il contributo dell'IER deve essere valutato anche alla luce degli spunti che questa esperienza ha saputo dare alla primavera araba. I protagonisti di quest'ultima hanno molte ragioni per guardare al proprio passato e stabilire misure per fare i conti con esso: se l'IER sarà un punto di riferimento in tal senso, ciò significherà che il suo messaggio ha trasceso i confini nazionali. Se considerata come la tappa finale di un percorso di salvaguardia dei diritti umani e di *prise en charge* del passato, la commissione evidenzia macroscopiche lacune. Considerata invece come una tappa di questo percorso, la sua azione assume un significato diverso, e può essere interpretata come un momento di riflessione e raccolta di testimonianze estremamente rilevante e una importante piattaforma di dibattito per il futuro.

La funzione fondamentale della giustizia di transizione, quella trasformativa, risulta quindi solo parzialmente assolta dal lavoro della IER¹¹⁵.

114 Cfr. L. Wilcox, *Reshaping Civil Society through a Truth Commission: Human Rights in Morocco's Process of Political Reform*, «The International Journal of Transitional Justice», Vol. 3, 2009, 49-68, at p. 55.

115 Cfr. W. Lambourne, *Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence*, «The International Journal of Transitional Justice», Vol. 3, 2009, 28-48.

LINEE DI FAGLIA. DIRITTI UMANI, SOVRANITÀ, PENA DI MORTE

Francescomaria Tedesco

La nascita dei diritti, agli albori della modernità, è una vicenda paradossale che segnerà tutta la vicenda dello Stato dal Cinquecento ai giorni nostri. Mentre il potere politico andava cristallizzandosi nelle forme dell'assolutismo, mentre Hobbes teorizzava i *pacta* che legittimassero il potere sovrano di vita o di morte sui cittadini, questi ultimi venivano "investiti" di una serie di prerogative che in qualche modo li mettevano in rapporto diretto con il sovrano. I diritti si configuravano come strumenti di lotta all'oppressione, e lentamente sarebbero diventati i grimaldelli teorico-pratici invocati nelle dichiarazioni universali per sconfiggere proprio quei poteri coi quali stavano in relazione di tensione dialettica. A lungo quella tensione non avrebbe sciolto il dilemma: da dove vengono i diritti? Sono essi il frutto di graziose concessioni sovrane? Oppure promanano dalla natura, da Dio, dalla ragione, o da questi elementi tra loro variamente combinati?

Semplificando moltissimo, si potrebbe dire che il Novecento ha visto il compimento del percorso di costituzionalizzazione di quei diritti, assorbiti non soltanto dentro la *Dichiarazione universale* del 1948 nell'accezione di "diritti umani", ma implementati nelle carte costituzionali del dopoguerra come "diritti fondamentali". Dunque i diritti (non tutti) sono divenuti "diritti umani" e "diritti fondamentali".

Il loro processo di costituzionalizzazione e la loro affermazione dentro la *Dichiarazione* del '48 hanno consentito, se seguiamo il magistero di Norberto Bobbio, di tagliare il nodo della loro origine: i diritti non hanno fondamento metafisico, religioso, filosofico, etc., ma sono il frutto del *consensus omnium gentium*. Un dato problematico, certo: chi ha espresso quel consenso? Gli Stati? I popoli? E che ne era dei popoli sotto dominazione coloniale, i quali non parteciparono alla sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite che votò quel documento (peraltro non cogente su un piano strettamente giuridico, come avrebbe riconosciuto Hans Kelsen)? Ma un dato da cui partire criticamente. Anche per discutere la questione del contributo dei soggetti e

delle organizzazioni collettive alla definizione di quei diritti. Dunque, ancora, il consenso di chi?

Ciò che qui rileva ai nostri fini, però, è altro: nel Cinquecento, il potere percorre una linea di faglia tra l'antico e il moderno. Tenta di trasfondere nel moderno antichi privilegi (il diritto divino dei re), teologizzando concetti politici (come Kantorowicz ebbe a dire capovolgendo la teologia politica schmittiana), mentre la politica e il potere sono oggetto di feroci critiche che fanno capolino perfino nel teatro elisabettiano, laddove – seguendo talvolta suggestioni ugonotte – il potere è Maligno e l'arcidiavolo è Machiavelli, mentre gli italiani fanno più vittime di quante ne avessero fatti il veleno dei serpenti, la crudeltà delle tigri, leopardi, cocodrilli, linci, orsi e altri voraci animali in tutti i tempi dalla creazione. L'umile vita sogna il riscatto nel carnevale e nel riso, e l'asinello di Abramo che attende alle pendici del monte Moriah mentre il patriarca, obbedendo ai comandi del proprio sovrano, sale a immolare Isacco, diventa il simbolo di una vita semplice che si sottrae. Questa linea di faglia continua fino a oggi: come un fiume carsico, l'idea del potere come espressione del Male continua ad affascinare e a produrre opposizione. E i diritti, oggi più che mai, costituiscono un argine contro l'oppressione del potere.

1. *La forca come apparato ideologico di Stato*

In *Misura per misura* William Shakespeare racconta del Duca di Vienna Vincentio il quale, fallito nel proposito di estirpare la corruzione e la sozzura dalla propria città, affida il governo ad Angelo, un magistrato fino ad allora ritenuto di probità esemplare. Primo atto di Angelo è la condanna a morte del gentiluomo Claudio, reo di aver posseduto “il letto di Giulietta” («I got possession of Julietta's bed»¹), sua promessa sposa. Isabella, sorella di Claudio e novizia in un convento, avvertita dal fratello del pericolo che incombe sul suo capo – letteralmente, ché si muore per decapitazione² – si reca da Ange-

1 W. Shakespeare, *Misura per misura*, a cura di A. Serpieri, Venezia, Marsilio, 2003, p. 12.

2 La pena capitale prevista in Gran Bretagna era in realtà l'impiccagione, mentre la decapitazione era riservata alle persone dai natali aristocratici. Naturalmente può trattarsi di un *escamotage* narrativo («you can't swap hanged corpses easily»), ma forse non soltanto. Vi torneremo più tardi. Intanto, cfr. D. Lindley, *The Stubbornness of Barnardine: Justice and Mercy in Measure for Measure*, «The Shakespeare Yearbook», 1996, 7, p. 3 del dattiloscritto (cito questo testo dal dattiloscritto inviatomi cortesemente dall'autore, non essendo riuscito a venire in possesso del saggio pubblicato in rivista).

lo a cercare di impetrare la grazia attraverso le suppliche e il richiamo alla clemenza. Angelo si dimostra diverso da quello che il Duca pensava, e si dice disponibile a graziare Claudio solo a condizione che la sorella gli si conceda. Claudio, messo al corrente, inizialmente si rassegna alla morte, poi «s'aggrappa a un tratto all'obbrobriosa speranza»³ e chiede alla propria sorella di cedere ad Angelo. Il Duca, che non si è allontanato dalla città e che, travestito da frate, sorveglia in segreto sull'operato di Angelo, viene a sapere della vera natura di questi e consiglia a Isabella di acconsentire al ricatto, ma di farsi sostituire da Mariana, amata di Angelo e da questi ripudiata per ragioni di vil denaro. Tuttavia Angelo, pur soddisfatto (nell'inganno), ordina ugualmente l'esecuzione di Claudio. Allora il Duca dispone che al suo posto si uccida un altro detenuto, un delinquente matricolato e ubriacone, tale Barnardine, e che il capo di questi venga mostrato ad Angelo – «quel semidio, l'Autorità»⁴ – come se fosse di Claudio.

Ma chi è questo Barnardine? «Uno nato in Boemia, ma allevato e cresciuto qui; in prigione da nove anni»⁵, dice il Bargello, e quando il Duca chiede a questi se quegli abbia mai dato segno di pentirsi o appaia toccato, il Bargello

3 M. Praz, *La letteratura inglese dal medioevo all'illuminismo*, Milano, Edizioni Accademia, 1990, p. 163.

4 «the demigod Authority», Shakespeare, *Misura* cit., pp. 64-65. Circa cinquanta anni dopo (*Misura per misura* fu scritto presumibilmente nel 1603/1604; si hanno notizie di una sua rappresentazione a corte, davanti a Giacomo I, il 26 dicembre del 1604), Thomas Hobbes avrebbe parlato del Leviatano come di «quel Dio mortale» (*that mortal god*): cfr. T. Hobbes, *Leviatano*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 143. In realtà Angelo è «mortale» poiché è fallibile, come egli stessi dimostrerà nel corso del dramma; il «vero», paradossale Dio mortale è il Duca. Sempre a proposito di Hobbes, si noti che Shakespeare (cfr. *Misura* cit., pp. 50-51) fa dire al Duca che ad Angelo «abbiamo prestato il nostro terrore» ma soprattutto «[we have] given his deputation all the organs» laddove «organs», tradotto con «strumenti», in realtà – è il curatore Alessandro Serpieri ad avanzare in nota questa considerazione – ha maggiore pregnanza se viene inteso come a indicare la metafora organicistica del sovrano come «testa» del *body politic*. Tuttavia, tra la visione *jacobeian* dell'autorità e la fondazione volontaristica ma egualitaria della società civile da parte di Hobbes vi sono notevoli differenze: e non è un caso se proprio il *Leviatano* fece di Hobbes un pensatore invisibile a molti e piuttosto isolato nel panorama inglese dell'epoca: cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 160-219. Ma non vi è dubbio che l'autorità divina del re trova un posto rilevantissimo anche in Hobbes.

5 Shakespeare, *Misura* cit., p. 193. Si è scelto qui, in difformità rispetto alla traduzione citata, di mantenere l'originale Barnardine piuttosto dell'italiano Bernardino.

risponde «è uno che non ha un'apprensione della morte come di cosa più spaventosa di un sonno ubriaco; incurante, sconsiderato, senza la minima paura [...]: *insensibile alla morte e disperatamente mortale*»⁶.

Ma, come dice il Duca, «more of him anon»⁷.

Terry Eagleton racconta in *Figure del dissenso* di un irlandese che partecipò a un quiz televisivo britannico, *Mastermind*. Alle domande più elementari sulla storia dell'Irlanda (Qual è l'isola poco distante che un tempo aveva la sovranità su tutto il paese? Che tipo di coltura scarseggiò durante la Grande Carestia?), materia per la quale il concorrente peraltro si presentava, egli non faceva che rispondere «Passo», sprofondando l'intero studio nell'imbarazzo. A un certo punto un altro irlandese nel pubblico gridò «vai così Mick! Non dirgli nulla a quei bastardi!»⁸.

La storia degli irlandesi, sostiene Eagleton, è una storia di reticenze: «c'è un solo luogo in cui è lecito vuotare il sacco, ed è il patibolo»⁹. Sul patibolo i condannati a morte si lasciavano andare a sermoni e ammonimenti di cui ben presto (siamo nel XVIII secolo) lo Stato comprese il valore propagandistico. Prese così a far stampare su dei volantini le ultime parole dei condannati a morte, poiché «quei discorsi non erano confessioni spontanee ma uno stragemma escogitato dallo Stato per rendere ancora più eclatante e drammatica la sottomissione dei furfanti alla sua suprema autorità»¹⁰. Fu così che alcuni tra i condannati a morte cominciarono a rinunciare al loro sermone patibolare, decidendo di tenere la bocca chiusa. Come Larry, eroe della ballata ottocentesca *The Night before Larry Was Stretched*, in cui il protagonista si mostra incurante della morte. La forza è un «apparato Ideologico di Stato»¹¹. Ma tale apparato funziona come il sadico che ha bisogno della risposta attiva della vittima. Insomma, continua Eagleton, «il potere è l'effetto dell'obbedienza, e non il contrario»¹². Ed è proprio per illustrare questo concetto che

6 *Ibid.*, corsivo mio.

7 «Torneremo su di lui tra poco»: *Ibid.*

8 T. Eagleton, *Figures of Dissent. Critical Essays on Fish, Spivak, Žižek and Others*, London Verso, 2003; trad. it., *Figure del dissenso. Saggi critici su Fish, Spivak, Žižek e altri*, Roma, Meltemi, 2007, p. 20.

9 *Ibid.*

10 Eagleton, *Figure cit.*, p. 24.

11 *Ivi*, p. 25.

12 *Ibid.* Ho ripreso questa considerazione in una conversazione con Geminello Preterossi, il quale in relazione al desiderio di riconoscimento da parte di uno Stato protettivo ma anche minaccioso ha parlato di “piacere compensativo”: cfr. *Ancora un*

Eagleton introduce nel suo discorso la figura di Barnardine, un «carcerato psicopatico [...] così moralmente pigro da opporsi alla sua impiccagione solo perché interferisce con il suo sonno»¹³. La pigrizia di Barnardine disinnescava il potenziale sovrano.

Possiamo adesso tornare, dunque, a Shakespeare. In *Misura per misura* egli indaga tre questioni: «la natura della giustizia, la natura dell'autorità e la natura del perdono»¹⁴ o, meglio, della clemenza¹⁵. Non manca una riflessione “paolina” sulla relazione tra desiderio, volontà e legge¹⁶, nonché sul rappor-

tramonto senza fine? Conversazione con Geminello Preterossi, «Quaderni Forum», XXI, 2007, p. 19.

13 Eagleton, *Figure* cit., pp. 25-26.

14 W.H. Auden, *Lectures on Shakespeare*, Princeton, Princeton University Press, 2000; trad. it., *Lezioni su Shakespeare*, Milano, Adelphi, 2006, p. 254. John Dickinson l'ha definita la *triad of values: law, equity e Christian mercy* (si veda la nota successiva): cfr. J.W. Dickinson, *Renaissance Equity and Measure for Measure*, «Shakespeare Quarterly», XIII, 1962, 3, p. 297.

15 Su “mercy” e “pardon” in *Misura per misura* cfr. J. Tambling, *Law and Will in Measure for Measure*, in «Essays in Criticism», LIX, 2009, 3, p. 208, nota 2. Dickinson si è soffermato sulla distinzione, in *Misura per misura*, tra la clemenza del sovrano (concessa sulla base del principio che gli uomini sono tutti peccatori) e l'*equity* come principio giuridico che – in accordo con le leggi di natura e la ragione – «fills in gaps in the stated laws»: J.W. Dickinson, *Renaissance* cit., p. 288 (ma tutto il saggio è dedicato a una discussione del rapporto tra clemenza e *equity* nel Rinascimento inglese, anche alla luce dello scontro tra le corti di *common law* e il Parlamento da un lato, il Lord Cancelliere e la corona dall'altro, che portò alla rimozione di Edward Coke dalla carica di *Chief Justice* della *common law court of King's Bench* da parte di Giacomo I per lo scontro con il Lord Cancelliere Ellesmere). Anche Shakespeare doveva conoscere le problematiche legate al rapporto tra *equity* e *common law* non solo perché esse erano ben presenti nella fonte a cui egli direttamente attinse per *Misura per misura* (*Promos and Cassandra* di Whetstone), ma anche perché suo padre John era stato coinvolto, nel 1578, in una controversia (*Shakespeare vs. Lambert*) davanti al Lord Cancelliere.

16 «Like “fault”, “law”, and its cognates “laws”, “lawful”, “unlawful” and “lawless”, appears in this play more than in any other by Shakespeare; as does “justice”, with its various cognates»: Tambling, *Law* cit., p. 201. Sarebbe interessante prendere in esame – ma non è propriamente questo il tema del presente lavoro – il ruolo che Shakespeare assegna al desiderio, e la sua funzione contestativa nell'ambito di *Misura per misura*. Basti qui ricordare che in Shakespeare la ribellione nei confronti del potere politico passa anche attraverso la libera espressione delle funzioni fisiche e del desiderio: cfr. G.M. Kendall, *Overkill in Shakespeare*, «Shakespeare Quarterly», XLIII, 1992, 1, p. 44.

to tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile¹⁷. In questo schema, il tema che ai fini di questo saggio è centrale e che il Bardo mette in scena è quello dell'obbedienza all'autorità: perché si ubbidisce alla legge? Che cos'è la sovranità? Qual è il senso dell'obbligazione politica? W.H. Auden icasticamente ci dice, a proposito di questo *problem play*, che «la legge presuppone che i cittadini ne *riconoscano* l'autorità e sentano il dovere di osservarla»¹⁸.

Ma Barnardine in prigione si è sempre mosso liberamente: «dategli l'occasione di scappare, non la coglierebbe»¹⁹, nonostante egli sia un delinquente accertato, e anzi l'unico ad aver commesso il reato di omicidio tra tutti i personaggi del dramma²⁰. Barnardine è un assassino, dunque, mentre Claudio è accusato solo di fornicazione; il Bargello prova pena per quest'ultimo, mentre per Barnardine nessuna pietà, «fosse pure mio fratello»²¹, dato che è un assassino. Eppure egli non ha paura di morire, pur essendo maggiormente deputato al patibolo, e non ha neanche voglia di scappare²².

Così, quando il boia Abortroione²³ e Pompeo, mezzano destinato per l'occasione a dare una mano al boia, entrano in carcere per eseguire la condanna a morte di Barnardine, prenderne la testa e presentarla ad Angelo come la testa di Claudio, ecco cosa accade:

ABORTROIONE Compare, mena qua Barnardine.

POMPEO Mastro Barnardine! Devi alzarti e farti impiccare, Mastro Barnardine.

ABORTROIONE Oh, allora!, Barnardine!

BARNARDINE [*da dentro*] Vi prenda la peste alla gola! Chi fa tutto questo chiasso? Chi siete?

17 Non bisogna dimenticare infatti che all'epoca il monarca inglese era investito di entrambe le funzioni, e che vigeva un'ambigua sovrapposizione tra reato e peccato che dava luogo ad accesi dibattiti sulla limitazione dei poteri delle corti di entrambi gli ordinamenti. È del resto lo stesso Duca ad apparire ora in veste di frate ora in veste di autorità politica.

18 Auden, *Lezioni* cit., p. 255 (corsivo mio).

19 Shakespeare, *Misura* cit., p. 193.

20 Se si esclude la canaglia citata all'inizio della terza scena dell'atto IV, tra cui figura «il giovane Perdicapelli che ha ucciso il tagliardo Fegatazzo».

21 Shakespeare, *Misura* cit., p. 187.

22 Una porta della Legge, aperta ma invalicabile, è anche nell'enigmatico racconto che Franz Kafka scrisse nel dicembre 1914 e intitolato *Davanti alla Legge*, in F. Kafka, *Opere*, Milano, Sansoni, 1993, pp. 965-966.

23 *Abhorson*, ovvero figlio dell'aborro, o contrazione di *whoreson* (figlio di puttana) che si congiunge a *to abhor*: aborrito figlio di puttana.

POMPEO I vostri amici, i boia. Dovete essere tanto buono, signore, da alzarvi e farvi mettere a morte.

BARNARDINE [*da dentro*] Vattene, canaglia, vattene, ho sonno.

ABORTROIONE Digli che si deve svegliare, e in fretta.

POMPEO Vi prego, Mastro Barnardine, svegliatevi finché non sarete giustiziato e dormite dopo.

ABORTROIONE Va' dentro e portalo fuori.

POMPEO Sta arrivando, signore, sta arrivando. Sento frusciare la sua paglia.

ABORTROIONE L'ascia è sul ceppo, compare?

POMPEO Prontissima, signor mio.

Entra Barnardine

BARNARDINE Allora, Abortroione, che notizie ci hai?

ABORTROIONE In verità, signor mio, desidererei che vi buttaste a capofitto nelle vostre preghiere, visto che, guardate, è arrivato l'ordine.

BARBARDINE Tu, farabutto, ho bevuto tutta la notte. Non sono pronto.

POMPEO Tanto meglio, signor mio, poiché chi beve tutta la notte ed è impiccato di mattina presto può dormirsela tanto più sodo tutto il dì seguente.

ABORTROIONE Ecco, signor mio, che arriva il vostro padre spirituale. Credete ancora che scherziamo?

Entra il Duca

DUCA [*in incognito, travestito da frate*] Signore, spinto dalla mia carità e sentendo quanto in fretta dovete dipartirvi, sono venuto a consigliarvi, confortarvi, e a pregare per voi.

BARNARDINE Non con me, frate. Ho bevuto della grossa tutta notte, e ho bisogno di più tempo per prepararmi, o dovranno farmi schizzare il cervello a bastonate. Non accetterò di morire oggi, questo è certo.

DUCA Oh signore, dovete: è perciò vi supplico di volgere lo sguardo al viaggio che avete davanti.

BARNARDINE Giuro che oggi non muoio e nessuno mi potrà persuadere.

DUCA Ma ascoltate...

BARNARDINE Basta con le parole. Se avete qualcosa da dirmi, venite nel mio reparto. Oggi di lì non mi muovo.²⁴

Ben strano personaggio, dunque, questo Barnardine! Ed eccentrico rispetto alla trama del dramma.

²⁴ Shakespeare, *Misura* cit., pp. 199-201.

2. *Dei diritti e delle pene*

Certo Foucault potrebbe dirci che i sermoni dei condannati a morte avevano un ambiguo risultato, poiché da un lato ammonivano gli astanti (e successivamente i lettori), ma dall'altro contribuivano alla esaltazione del furfante e del delinquente: «eroe nero o criminale riconciliato, difensore del vero diritto o forza impossibile da sottomettere, il criminale dei fogli volanti, delle notizie alla mano, degli almanacchi, delle *bibliothèques bleues*, porta con sé, sotto la morale apparente dell'esempio da non seguire, tutto un ricordo di lotte e di scontri»²⁵. Eppure il loro silenzio e il loro rifiuto o la loro cupa ironia e il loro plateale disprezzo erano ancor più potenti di ogni discorso dall'ambigua recezione²⁶. Foucault ci direbbe ancora, secondo una logica che postula un potere pervasivo e onnipresente, che la rinuncia alle pene esemplari segna lo slittamento dallo splendore del supplizio alla società carceraria. Ma non può trattarsi solo di questo: il rifiuto della pena di morte da parte di Barnardine non è soltanto l'ulteriore mossa di un potere che è ovunque e a cui è impossibile sottrarsi. Se le cose stessero così avrebbe ragione Edward Said, il quale icasticamente sosteneva che Foucault «era lo *scriba* del potere. Egli in realtà scriveva della vittoria del potere. Ho trovato davvero poco nel suo lavoro, in particolare dopo la seconda metà di *Sorvegliare e punire*, che aiutasse a resistere alle pressioni di tipo amministrativo e disciplinare che egli descrive così bene nella prima parte»²⁷. Non è superfluo ricordare che proprio

25 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975; trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, p. 73. In realtà, l'ambigua recezione dei discorsi dei condannati dimostra che non sempre i dominanti hanno il pieno controllo dei loro "discorsi": esiste la possibilità che i "subalterni" se ne appropriino, li sottraggano ai dominanti e li trasformino in uno strumento di lotta e di resistenza. Su questo tema (la "transculturazione cannibale") mi sia consentito rinviare a F. Tedesco, *Diritti umani e relativismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, in particolare al cap. 2.

26 Alcuni storici lavorano alla prospettiva di far emergere la voce dei "subalterni" dai documenti ufficiali, di farne risaltare le loro opinioni, la natura contestativa di esse. A questo proposito mi permetto, oltre a ricordare rapidamente Carlo Ginzburg, Adriano Prosperi e la scuola bengalese dei *Subaltern Studies*, di rinviare nuovamente a Tedesco, *Diritti umani* cit., in particolare al cap. 3.

27 E.W. Said, «*Orientalism*» and *After*, interview with A. Beezer, P. Osborne, in Id., *Power, Politics, and Culture: Interviews*, ed. by G. Viswanathan, New York, Pantheon Books, 2001, p. 214 (I ed. in «*Radical Philosophy*», 63, 1993). Per un accenno critico all'idea dei subalterni come "marionette" o "pupazzi" del potere, cfr. Id., *Criticism and the Art of Politics*, interview with J. Wicke, M. Sprinker, ivi, pp. 131-32 (I ed. in M. Sprinker,

il Cinquecento, il secolo di Shakespeare e di Barnardine, è il secolo nel quale il disciplinamento sociale e religioso si scontra con forme contestative che sovvertono il discorso ufficiale, lo fanno proprio e lo trasformano in un'arma da rivolgere contro i dominanti, o addirittura con forme di resistenza autonoma, *popolari*, che non intrattengono rapporti con la cultura dominante e che ne sono il paradossale rovesciamento²⁸. Il gioco di specchi che dà luogo al grottesco rabelaisiano, l'abbassamento dell'alto e l'innalzamento del basso, i re trasformati in asini e gli asini in re, segnalano – pur senza dar luogo ai facili entusiasmi che hanno portato a vedere per esempio in Bachtin studioso di Rabelais un teorico della rivoluzione delle masse subalterne – la presenza di una cultura popolare contestativa non riducibile al dominio delle élite sociali, economiche e religiose. O comunque di una cultura popolare che era in grado di transculturare il dominio – di impossessarsi delle frecce all'arco dei dominanti e di farle proprie. Come scrive Carlo Ginzburg «Identificare la “cultura prodotta dalle classi popolari” con la “cultura imposta alle masse popolari”, decifrare la fisionomia della cultura popolare esclusivamente attraverso le massime, i precetti, le novelline della *Bibliothèque bleue* è assurdo»²⁹. Esiste un mondo, per quanto minoritario, che o transcultura gli stilemi del dominio (è il caso del grottesco rabelaisiano), o produce una cultura autonoma e contestativa (come il mugnaio friulano Domenico Scandella del *Formaggio e i vermi*). Un mondo fatto di contadini, di “stolti” (*foolish*), di avvinazzati e di crapuloni, di marginali e anche di condannati, di pazzi, di devianti³⁰,

ed., *Edward Said: A Critical Reader*, Blackwell, Oxford 1992). Per una critica analoga a Foucault per il suo “quietismo” nei confronti del potere cfr. R.J.C. Young, *White Mythologies: Writing History and the West*, London, Routledge, 2004; trad. it., *Mitologie bianche*, Roma, Meltemi, 2007, p. 184.

28 Basti qui ricordare C. Ginzburg, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Torino, Einaudi, 1998; Id., *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino, Einaudi, 1999; M. Bachtin, *Tvorčestvo Fransua Rable i narodnaja kul'tura srednevekov'ja i Renessansa*, Moskva, Izdatel'stvo «Chudožestvennaja literatura», 1965; trad. it., *L'opera di Rabelais e la cultura popolare. Riso, carnevale e festa nella tradizione medievale e rinascimentale*, Torino, Einaudi, 2001.

29 Ginzburg, *Il formaggio* cit., p. XIV.

30 Sul rischio che l'idea di transculturazione autorizzi la fusione del punto di vista del dominato con quello del dominante, ignorando che comunque una dimensione di dominio *permane* anche quando i loro rapporti sono una danza dello specchio; e per una critica all'idea che i subalterni sappiano riconoscere *immediatamente* ciò che desiderano: rimando ancora a Tedesco, *Diritti* cit., capp. 2 e 3.

di eretici³¹. Jacques Derrida, nell'analizzare la parola *roué* (canaglia, spregiudicato, astuto, debosciato) scrive che «la democrazia, il passaggio alla democrazia, la *democratizzazione* verranno sempre associati alla licenza, alla troppa-libertà, al libertinaggio, al liberalismo, addirittura alla perversione e alla delinquenza, alla colpa, alla trasgressione alla legge»³², e – ancor più sorprendentemente, ai nostri fini – che «lo spregiudicato (*roué*) è una canaglia *insieme inclusa ed esclusa*, esclusa dalla società civile, ma dal suo interno»³³.

È anche in Shakespeare che i personaggi sono caratterizzati da difetti fisici, da tare o da particolarità: elementi che scrivono sul corpo dei soggetti una continua commistione tra l'alto e il basso. Nell'*Enrico IV* il sovrano si rammarica – uno come lui, di così alto rango! – di essere stanco, di aver voglia di birra leggera, e di notare la presenza di Poin e il suo aspetto, il suo guardaroba (le camicie, i calzini): la «burlesca disapprovazione» di tutto ciò, scrive Erich Auerbach, «è un'irrisione alla tendenza, ormai forte al tempo di Shakespeare, di dividere nettamente il sublime dal realistico-quotidiano»³⁴, e ritorna nella descrizione fisica di alcuni caratteri³⁵. Questa irrisione ha a che fare con il carattere dei personaggi, con la loro dimensione psicologica, con il loro ruolo nell'azione: nella tragedia greca i personaggi agiti dal destino, nel dramma elisabettiano (il primo autenticamente *moderno*, non a caso) i

31 Gli eretici del Cinquecento come precursori dello spirito illuministico?

32 J. Derrida, *Voyous*, Galilée, Paris 2003; trad. it., *Stati canaglia*, Milano, Cortina, 2003, p. 43. Si tratta del legame ambiguo tra libertà come *eleutheria* o come *exousia*, come libertà appunto o come licenza.

33 *Ibid.* (corsivo mio). Interessante sarebbe qui occuparsi di Bataille, cosa che non può farsi per limiti di spazio. Basti qui riportare per adesso quanto ancora scrive Derrida: «se la canagliacrazia rappresenta una sorta di potere avversario, una contro-sovrantà criminale e trasgressiva, abbiamo tutti gli ingredienti di un contro-concetto di sovranità alla Bataille. Al di là del dominio, del concetto e dello Stato hegeliano, al di là o al contrario della sovranità classica, la sovranità di cui parla Bataille coltiva il male e la trasgressione sessuale come quella poetica. La canaglia che aspira alla sovranità non è solo un delinquente sessuale, ma è qualcuno di cui si condanna anche il linguaggio e il modo di parlare. [...] Ci si comincia a comportare da canaglia non appena si ricorre a “parolacce” scurrili» (Derrida, *Stati canaglia*, cit., p. 105). Sia chiaro però che la canaglia è tale di fronte al potere sovrano presunto legittimo (Barnardine sovverte questo schema: la canaglia – la vera canaglia – è lo Stato).

34 E. Auerbach, *Mimesis. Dargestellte Wirklichkeit in der abendländischen Literatur*, Bern, A. Francke, 1956; trad. it. *Mimesis. Il realismo nella letteratura occidentale*, 2 voll., Torino, Einaudi, 2000 (Volume secondo, p. 64).

35 C'è da dire che nella lettura auerbachiana si tratta di personaggi alti e bassi, aristocratici e popolari: Amleto il pingue e Barnardine con la sua *ugliness*.

personaggi attori del loro destino, dentro una prospettiva storica (cioè situata anche in senso socio-economico) che inevitabilmente ne mette in luce tutte le sfaccettature, la tragica e la comica, l'alto e il basso. Ma ha a che fare anche con la linea di faglia che nel Cinquecento si stava aprendo per poi ricomporsi successivamente: il potere sovrano, nel momento della sua emersione e del suo ingresso nella modernità, veniva radicalmente messo in questione e persino ridicolizzato. Mentre da un lato nasceva lo Stato, monopolio legittimo della forza e unico attore politico, dall'altro nasceva l'individuo titolare di diritti e di facoltà. In questa economia Barnardine non è inutile a *Misura per misura*, egli è il paradigma di quella immissione nella tragicommedia di un mondo storico sfaccettato e multiforme, di una soggettività che scalpita, pur nella (anzi forse proprio in ragione della) sua *ugliness*. È l'innesto del "popolare", direbbe Auerbach³⁶, quell'"esule in mezzo alla guerra sterminatrice" fiducioso in "anarchiche salvezze" a cui il popolare stava talmente a cuore da augurare «una condizione nella quale il "piccolo mondo", l'umile vita tragicamente quotidiana, nella sua misera e sublime immediatezza, svuotata e risolta il "grande mondo" divenuto teatro di follie disumane»³⁷.

Quella commistione si sarebbe ricomposta, come detto, subito dopo, rimanendo come un fiume carsico nella storia delle relazioni tra potere sovrano e cittadini. Il grottesco, che con Rabelais si era incarnato nel basso corporeo e nella commistione di elementi aulici e farseschi, nell'innalzamento del basso e (soprattutto) nella derisione dell'alto – con tutta la lunga teoria di metafore che coinvolgono culi, merde, cibo, ventri – nell'ambivalenza e nell'ambiguità,

36 Cfr. Auerbach, *Mimesis* cit., Volume secondo, p. 76. Certo Shakespeare percorre quella linea di faglia tra l'emersione del popolare e la sua riduzione attraverso il richiamo alla potenza della sovranità statuale emergente, mediata dal rapporto tra Riforma e Controriforma. Egli non prende sul serio le classi sociali inferiori, non conferisce loro la dimensione del tragico. Eppure «Shakespeare non polemizza contro l'ordine sociale e sembra non abbia avuto intenzioni sociali rivoluzionarie. Se uno dei suoi personaggi, però, esprime pensieri simili nella sua situazione particolare, lo fa con un vigore drammatico che conferisce al pensiero mordacità e attualità» (ivi, p. 78).

37 Così scrive Franco Fortini: *Mimesis*, in Id., *Verifica dei poteri* (ora in Id., *Saggi ed epigrammi*, Milano, Mondadori "I Meridiani", 2003, pp. 223-224. Fortini ricorda che Auerbach vide questo momento di riscatto della vita quotidiana in relazione all'asinello di Abramo (e al calzerotto marrone di *Gita al faro* di V. Woolf). Si ricorderà che l'asinello resta ai piedi del monte Moriah mentre padre e figlio salgono il monte per dar vita all'olocausto chiesto da Dio e a cui Abramo aveva risposto prontamente *Hinneni*, "eccomi", "vedimi", "sono qui".

sarebbe diventato, nel '700 e soprattutto con il Romanticismo, cupo e mefitico come una maschera di morte:

il grottesco romantico è un grottesco *da camera*: è come un carnevale vissuto in solitudine, con la coscienza acuta del proprio isolamento. È come se la percezione carnevalesca del mondo si fosse trasposta nel linguaggio del pensiero filosofico soggettivamente idealistico, e avesse cessato di essere una sensazione vissuta concretamente (si potrebbe dire “corporealmente”) dell’unità e dell’inesauribilità dell’esistenza come accadeva nel grottesco del Medioevo e del Rinascimento³⁸.

La “nuova” separazione tra l’alto e il basso non si sarebbe fatta attendere. La storia dei drammaturghi inglesi³⁹ di epoca Tudor ed elisabettiana, il loro rapporto con Machiavelli e la concezione che la politica si guadagnò – in parte grazie a questo “innesto” nella cultura inglese, in parte grazie ai teorici della politica e ai critici della ragion di Stato, in parte autonomamente – hanno a che fare con questa vicenda di separazione tra l’alto e il basso: sono in qualche modo la mappa del rapporto tra la politica, o meglio tra la sovranità, e i sudditi, un rapporto conflittuale e antagonistico continuamente da disciplinare⁴⁰. In altri termini il discorso sulla politica come male o inganno si sviluppa e si accentua mentre il potere statale, la sovranità si delinea nella sua forma moderna. E non è un caso se, in modo apparentemente paradossale (ma abbiamo cercato di argomentare per dimostrare che questo paradosso fonda la dialettica della sovranità), il termine (e la nozione) di *autonomy* si affermano proprio nel momento in cui Giacomo I rivendica di governare al di sopra della legge⁴¹: da un lato la rivendicazione dell’autonomia, dall’altro uno Stato che accentra il potere e l’uso della forza. *Autonomy*, riscontrato per la prima volta dall’*English Oxford Dictionary* sette anni dopo la morte di Shakespeare, in realtà era in uso, quanto meno tra gli intellettuali, almeno dal 1591: «the book

38 Bachtin, *L’opera di Rabelais* cit., p. 45.

39 Diversamente, Auerbach sostiene, nella Spagna di Cervantes il compito dell’*hidalgo manchego* non è mettere in questione la realtà spagnola del tempo: le sue fondamenta restano ben salde: cfr. Auerbach, *Mimesis* cit., volume secondo, pp. 86-87.

40 Come accennato in precedenza nel testo, sarebbe certo una forzatura, tuttavia, interpretare Rabelais (e la lettura di Bachtin) nei termini di una resistenza, tanto meno una resistenza “di classe”, al potere. Per una critica su questo punto cfr. R.J.C. Young, *Torn Halves: Political Conflict in Literary and Cultural Theory*, Manchester, Manchester University Press, 1996, p. 51.

41 Cfr. S. Greenblatt, *Shakespeare’s Freedom*, Chicago and London, University of Chicago Press, 2010, pp. 95-96, 101-102.

in which “autonomy” was first defined – Henry Cockeram’s 1623 *The English dictionarie, or an interpreter of hard English words* – suggests that it was already in use, though only in the restricted sense of a “hard” word. It meant, as Cockeram puts it, “libertie to live after ones owne law”⁴².

Dunque la dialettica della sovranità si nutre di queste particolari tensioni paradossali e divergenti: da un lato la formazione di un potere statale *superiorem non recognoscens* che rivendica perfino prerogative divine, dall’altro la nascita dell’individuo moderno, portatore di diritti e libertà da far valere proprio in opposizione al potere sovrano. Ma quel potere non può sussistere senza che i sudditi/cittadini gli tributino lodi di gloria. Il potere sovrano si fa *imago Dei* solo nella misura in cui esso si alimenta attraverso il riconoscimento dei sudditi, così come la gloria “crea” la divinità. Giorgio Agamben ha messo in luce come la glorificazione sia necessaria per la gloria (cioè la gloria di Dio) stessa: in qualche modo è la glorificazione a produrre la gloria, e non viceversa. Si tratta della “teurgia” di ispirazione antica, poi neoplatonica e cabalistica:

Fare non significa qui [nella Cabala] necessariamente creare *ex novo*: l’idea è piuttosto che, senza le pratiche rituali, il pleroma divino perda la sua forza e decada, che Dio abbia, cioè, bisogno di essere continuamente restaurato e riparato dalla pietà degli uomini, così come viene indebolito dalla loro empietà. Secondo la stretta connessione tra il culto e la gloria che abbiamo già osservato, i cabalisti parlano in questo senso di una “restaurazione della gloria”⁴³.

Se Dio fosse già pieno di gloria, non avrebbe bisogno di alcuna glorificazione⁴⁴. Questo ha naturalmente a che fare, nella ricostruzione archeologica di Agamben, con il potere profano: «come le dossologie liturgiche *producono* e rafforzano la gloria di Dio, così le acclamazioni profane non sono un ornamento del potere politico, ma *lo fondano e lo giustificano*»⁴⁵. Quindi anche la gloria – un elemento che intrattiene uno stretto rapporto, in Agamben, con

42 Ivi, p. 95. Greenblatt aggiunge che «The definition sits in a peculiar anticipatory relation to Kant’s conception of “moral liberty” – the law of an autonomous will»: ivi, p. 134

43 G. Agamben, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009, p. 252.

44 Come spiega Moshe Idel, non è affatto detto che nella teurgia ebraica e cabalistica la gloria sia distinta dalla divinità. Anzi, in alcune interpretazioni la gloria è la *Dynamis*, la potenza divina: cfr. M. Idel, *Kabbalah: New Perspectives*, New Haven, Yale University Press, 1988; trad. it., *Qabbalah. Nuove prospettive*, Milano, Adelphi, 2010, p. 283.

45 Agamben, *Il Regno* cit., p. 253, corsivi miei.

l'acclamazione studiata da Carl Schmitt nella *Dittatura*⁴⁶ – è il fondamento e la legittimazione del potere sovrano, lungi dall'esserne solo un effetto. E non si tratta di un rifugio nella magia (l'acclamazione come momento magico che spinge il potere in una dimensione sovranaturale): per Agamben si tratta invece, proprio al contrario, di un elemento – la gloria – capace di tenere insieme teologia e *oikonomia*, essenza e prassi, in altri termini di tenere insieme le figure della trinità che necessitavano di essere tenute insieme in unità a dispetto della spinta disarticolante dell'economia trinitaria (cioè della domanda «è Dio direttamente che governa il mondo?» che aveva avuto una risposta “economica”). Si tratta di un avvitamento che mescola costantemente immanenza e trascendenza, tentando di azzerarne la frattura, spostandone l'asse tutto a favore della sovranità pur nella consapevolezza che essa si fonda non da se stessa ma attraverso una legittimazione che le proviene dai sudditi.

Se la *potestas* del sovrano fosse *plena*, essa non avrebbe bisogno di alcun meccanismo di riconoscimento da parte dei sudditi. E invece necessita di essere “restaurata” attraverso il riconoscimento. Questo meccanismo può essere interpretato come fondante – oltre che i poteri monarchici della modernità – la democrazia (posto che il potere abbia perso quell'aura teologico-politica di cui parlava Schmitt), anche quella democrazia “plebiscitaria” che risponde solo con un “sì” (o, per pura ipotesi, con un “no”). Ma può anche essere incrinato attraverso il rifiuto del riconoscimento, la sottrazione di quella legittimazione da parte dei cittadini: il riconoscimento non è dato una volta per sempre.

Queste affermazioni, nonché l'uso del termine “riconoscimento”, chiamano in causa Hegel. Ma sono allo stesso tempo molto distanti dalla teoria hegeliana del riconoscimento. Il filosofo di Stoccarda rappresenta il massimo cantore di quello Stato moderno che all'epoca di Shakespeare andava cristallizzandosi nelle forme che qualche decennio dopo Thomas Hobbes avrebbe piegato all'esigenza di immettere la razionalità (una razionalità laica) nella teoria della politica. Ma l'ambivalenza del moderno si enuclea già proprio in Hobbes: in lui convivono i due momenti del tecnicismo giuspositivistico e costruttivista e della decisione sovrana⁴⁷. Ed è lungo l'asse Hobbes-Hegel (le

46 Si veda C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978; trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, Settimo Sigillo, 2006.

47 Cfr. C. Galli, *Schmitt e Machiavelli*, in Id., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 97.

due anime *chiare e serene* della modernità, coloro che chiaramente quanto involontariamente hanno messo in luce, coprendo con malcelata complicità il vincolo tra ragione e misfatto, le aporie e le ambiguità del potere moderno, contemporaneamente tutore dei diritti al prezzo di una minaccia costante della loro violazione⁴⁸) che si sviluppa l'idea dello Stato come luogo della realizzazione della libertà dei moderni, ma sempre ripercorrendo la linea di faglia aperta sulla soglia della modernità: solo nello Stato, quel Leviatano che accentra e avoca a sé il potere (anche quello di fare la guerra di uno contro tutti e di uccidere *legittimamente*), esistono le condizioni di possibilità della libertà dei soggetti.

Ora, come è noto la migliore definizione della teoria del riconoscimento è nella *Fenomenologia dello Spirito*, laddove Hegel definisce quella che verrà chiamata la “dialettica di signoria e servitù”. È all'inizio del paragrafo *Autonomia e non-autonomia dell'autocoscienza. Signoria e servitù* che Hegel afferma: «l'autocoscienza è *in sé e per sé* solo quando e in quanto è in sé e per sé per un'altra autocoscienza, cioè solo in quanto è qualcosa di riconosciuto [*Anerkanntes*]»⁴⁹. Lucio Cortella spiega questo passaggio così: «la consapevolezza di sé, ciò che consente al singolo individuo di conoscersi come se stesso e di darsi un'identità [...] è il risultato dell'incontro con un altro soggetto [...] e in particolare è l'esito del riconoscimento di quello nei

48 Non è affatto un caso che quella linea da Hobbes a Hegel culmini, nel Novecento, con Carl Schmitt (e con Kojève): ed è proprio Schmitt a tematizzare il fatto che il moderno ruota attorno all'equazione tra potere e protezione della morte: «il dominio [...] è in verità, per Schmitt, una “facciata dinanzi alla morte”, come lo è la “vita” che quel potere moderno garantisce» (Galli, *Lo sguardo* cit., p. 100). Ma Schmitt tende a distorcere il momento hegeliano dell'alterità liberandolo da ogni possibile mediazione dialettica, in modo da costruire l'opposizione amico/nemico nella sua forma più radicale (mentre Kojève, più fedele a Hegel in questo, esalta la lotta per il riconoscimento ed elaborerà un'idea di diritto in cui il momento generativo è l'emersione del terzo). Mi sia consentito rinviare a F. Tedesco, *L'impero latino e l'idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXV, 2006, pp. 391-401. E non è un caso che sia proprio Schmitt ad affermare, in una lettera a Kojève: «che lo “Stato” sia alla fine, è vero; questo *Dio mortale* è morto [...] non è più capace di guerre e di condanne a morte, quindi non è più creatore di storia» (in A. Kojève, C. Schmitt, *Carteggio*, a cura di C. Altini, «Filosofia politica», XVII, 2003, 2, p. 193, corsivi miei).

49 G.W.F. Hegel, *Gesammelte Werke*, Band 9: *Phänomenologie des Geistes*, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1980; trad. it., *Fenomenologia dello Spirito*, Milano, Bompiani, 2008, p. 275.

suoi confronti»⁵⁰. È il momento “antropogeno”, nel quale i soggetti vengono a esistenza non tanto da soli, uno contro l’altro o uno posando lo sguardo sull’altro, quanto poiché questa dialettica di riconoscimento viene mediata da un terzo elemento, lo Spirito (e ciò in cui, come vedremo, esso si incarna, ovvero lo Stato). È da questo passaggio che il riconoscimento intersoggettivo, negando che l’uomo possa porsi da sé, tuttavia si trasforma, per lo Hegel della *Fenomenologia*, nello Spirito che si pone da sé. Ciò, qualora si volesse leggere nella lotta per il riconoscimento lo Stato come uno dei protagonisti, richiama apertamente alla mente i *pacta* hobbesiani e la garanzia di non venir uccisi nel proprio letto, e apre la questione del riconoscimento alla relazione tra Stato e cittadino. Tanto più che sta proprio nella dottrina hegeliana del riconoscimento il fondamento della sua etica e del suo diritto: riconoscere l’altro significa riconoscerne la natura “morale”. Tuttavia per Hegel vi è un’asimmetria nel riconoscimento, dacché lo Stato non ha alcun dovere nei confronti dei propri cittadini, mentre per i cittadini la figura deontica preminente è quella del dovere (nei confronti dello Stato): lo Stato, come scrive Hegel nella *Filosofia della storia*, non esiste per i cittadini, mentre essi devono essere pronti a “morire (in guerra)” per lo Stato. Per Hegel la libertà è il “ritorno” allo Stato dopo averlo creato («per questa via [la creazione dello Stato] essi [i cittadini] tornano così a riguadagnare la loro forza originaria: riconoscendosi nel loro prodotto, nella forza politica dello Stato moderno»⁵¹), l’identificazione nelle istituzioni e il dispiegarsi della libertà in esse. Per Hegel non vi è riconoscimento (politico) tra Stato e cittadino perché lo Stato è la preconditione per la realizzazione della soggettività del cittadino stesso, per il dispiegarsi della sua libertà.

Eppure, scrive Cortella introducendo una curvatura nel pensiero hegeliano di cui vedremo le conseguenze più oltre, che «condizione di un’eticità operante è il consenso dei suoi componenti, così come la condizione di uno Stato solido è il consenso dei suoi cittadini. [...] L’opposizione hegeliana a una legittimazione contrattualistica dello Stato non significa l’annullamento della dimensione del consenso»⁵². Ma non si tratterebbe di un “banale atto di consenso”: Hegel parla di *wieder-erkennen*, un “tornare a conoscere”, ritrovarsi,

50 L. Cortella, *L’etica della democrazia. Attualità della Filosofia del diritto di Hegel*, Genova-Milano, Marietti, 2011, p. 224.

51 Ivi, p. 76.

52 Ivi, p. 164.

ritrovare se stessi (il ritorno di cui si parlava poche righe più sopra)⁵³. Hegel declina questa adesione nei termini del “patriottismo”. Il “patriottismo della costituzione” (espressione habermasiana, peraltro, ma che ben illustra l’idea hegeliana di una fedeltà ai principi, ai valori, alle istituzioni dello Stato; salvo che Habermas l’ha declinata in chiave costituzionale e democratica) incarna il riconoscimento *politico-giuridico* (che è cosa diversa dal riconoscimento *morale* honnethiano⁵⁴): è solo riconoscendosi nello Stato che i cittadini, di risulta, riconoscono i diritti degli altri cittadini, e non mediante un riconoscimento intersoggettivo tra essi. Vi è, come detto, la mediazione di un *terzo*. Ma in questo meccanismo, nella prospettiva hegeliana, il soggetto – che pur avrebbe dovuto mantenere e rafforzare la propria libertà e autonomia nello Stato – finisce per essere assorbito da esso, finisce per esserne fagocitato e per dissolversi in esso. La libertà dell’individuo non può che realizzarsi nello Stato. Tutto ciò, oltre a non essere conseguente con le premesse (l’individuo libero nella società civile) denuncia un’assenza di reciprocità nel riconoscimento: l’individuo non può far altro che realizzare la propria libertà *nello* Stato, per Hegel: «c’è ovviamente qualcosa di “supremo” che il singolo può vantare nei confronti dello Stato ma questo è *solo il dovere, non il diritto*»⁵⁵. Come scrive Hegel «lo stato inteso come la realtà della *volontà* sostanziale, realtà ch’esso ha nell’*autocoscienza* particolare, innalzata alla sua universalità, è il *razionale* in sé e per sé. Questa unità sostanziale è assoluto immobile fine a se stesso, nel quale la libertà perviene al suo supremo diritto, così come questo scopo finale ha il supremo diritto di fronte agli individui, il cui *supremo dovere* è d’esser membri dello stato»⁵⁶, poiché – e questo è un punto nodale per il nostro discorso – «una volta che i singoli dovessero porsi come dei “fini” non saremmo più, secondo Hegel, nella sfera statale *ma nella società civile*»⁵⁷. Dunque per Hegel l’individuo, in assenza di qualsivoglia forma di reciprocità

53 Ma c’è un momento nel quale questo “ritorno” si incrina? Forse quando lo Stato viola il patto hobbesiano di conservazione della vita? Lo vedremo più avanti.

54 Ovvero nei termini di un eguale rispetto intersoggettivo: dunque anche à la Charles Taylor, o ancora alla Michael Ignatieff: cfr. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001; trad. it., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003.

55 Cortella, *L’etica* cit., p. 175 (corsivo mio).

56 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolai, 1821; trad. it., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, § 258, p. 195 (corsivi nell’originale).

57 Cortella, *L’etica* cit., p. 175 (corsivo mio).

con lo Stato, non può *rompere* quella legittimazione, fundamentalmente perché non lo vuole.

Il cittadino che rifiuta la pena capitale, colui che come il Barnardine di Shakespeare non è disposto a farsi uccidere, recide il legame di riconoscimento con lo Stato negando a esso la legittimità che fino a quel momento gli aveva tributato⁵⁸. E lo fa nel nome della critica radicale a quella politica⁵⁹ che i monarcomachi, i contestatori dell'autorità dello Stato, i personaggi grotteschi di Rabelais, i beoni e i marginali avevano messo alla berlina nel momento della sua cristallizzazione come *superiorem non recognoscens*. Mentre lo Stato nasceva, essi si insinuavano nelle fessure e nelle crepe di quel processo. Hegel aveva in dispregio il Medioevo in quanto epoca della a-statalità, nella quale vi era una «mancanza di visione dell'intero, dovuta all'esposizione di un nascente *sensu borghese*, che ha a cuore solo la propria singolarità, che impone la *volontà del singolo*»⁶⁰.

Ora, potremmo interpretare lo Althusser di *Idéologie et appareils idéologiques d'État*⁶¹ spostandone le tesi verso un'interpretazione che apra alla rottura della relazione di assoggettamento/soggettivazione. In quello scritto, Althusser sosteneva che il “soggetto” (che nasce con l'ideologia giuridica – e

58 Se il riconoscimento non interessa più soltanto il rapporto interindividuale (seppure in chiave filogenetica, per così dire) ma il legame tra il cittadino e lo Stato, ciò apre quella tematica alla questione della democrazia. È la chiave di lettura, tra gli altri, di L. Cortella, *Tesi provvisorie per una teoria del riconoscimento*, «Fenomenologia e società», XXVIII, 2005, 2, p. 14, tesi 3.8.1., laddove parla di un «duplice processo di riconoscimento: quello degli individui fra di loro e quello degli individui nei confronti di queste stesse istituzioni».

59 Sarebbe lungo qui ricordare come, nel teatro elisabettiano e in Shakespeare, sia possibile rintracciare un'eco forte e chiara del disprezzo per la politica intesa come inganno, tirannia, latrocinio, assassinio, etc., che gli autori inglesi ricavavano – secondo una lunga teoria di passaggi che si dipana dalla Francia ugonotta, passa per la Scozia e finisce in Inghilterra – dalla lettura polemica e distorta di Machiavelli, interpretato come “arcidivolo” al punto che alcuni personaggi negativi (si pensi al *Jew of Malta* di Marlowe) ne prendono addirittura il nome: “Machiavello”.

60 N. Bobbio, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 55 ss. (corsivi miei).

61 L. Althusser, *Idéologie et appareils idéologiques d'État (Notes pour une recherche)*, saggio originariamente pubblicato nella rivista *La Pensée*, 1970, 150, poi ripubblicato in Id., *Positions (1964-1975)*, Paris, Les Éditions sociales, 1976. Qui si farà riferimento alla versione consultabile *online* a questo indirizzo: <http://classiques.uqac.ca/contemporains/althusser_louis/ideologie_et_AIE/ideologie_et_AIE.pdf>.

dunque in buona sostanza con la nascita dello Stato) è al centro di ogni ideologia perché «l'ideologia ha come funzione [...] di “costituire” degli individui concreti in soggetti»⁶². Si tratta, dice Althusser, della funzione del riconoscimento, che si sostanzia nel momento in cui il chiamato si gira alla chiamata, e in quel momento si costituisce (viene costituito) in quanto soggetto. Si tratta di un movimento eterno fatto da soggetti che sono già tali⁶³. L'interpellazione “recluta” (*recrute*) gli individui e li trasforma in soggetti, come quando il poliziotto per la strada chiama «ehi voi, laggiù!» e qualcuno si gira: «Per mezzo di questa semplice conversione fisica di 180 gradi, egli diviene *soggetto*»⁶⁴. Perché ciò avviene? Perché, ci dice Althusser, il soggetto chiamato che si gira riconosce che lo si sta chiamando. Althusser non si spinge ad affermare che anche il potere che chiama si costituisce come tale nel momento della risposta e della conversione fisica di 180 gradi. Ma cosa ne sarebbe di esso – ci chiediamo qui – se il soggetto, anche quello sbagliato, non si girasse? E se girandosi dicesse qualcos'altro che non un «eccomi, sono io»?⁶⁵.

3. *Hamlet oder Barnardine*

L'interpretazione “democratica” dell'eticità di Hegel è una forzatura evidente del pensiero del filosofo di Stoccarda. Ma è una forzatura di cui abbiamo deciso di farci portatori poiché ci pare che essa apra la via alla possibilità, negata da Hegel, che vi sia una relazione di riconoscimento tra lo Stato e i cittadini; e che tale relazione possa essere spezzata – andando ben al di là della prima

62 Ivi, p. 46.

63 Althusser non teme di incorrere in quelle circolarità di cui si è parlato poco sopra, e per le quali cfr. T. Eagleton, *Ideology. An Introduction*, London-New York, Verso, 2007; trad. it., *Ideologia. Storia e critica di un'idea pericolosa*, Roma, Fazi, 2007, pp. 174-175. Ma al di là delle contraddizioni althusseriane, ciò ci permette di ricordare che il riconoscimento non è dato una volta per tutte, ed è dunque “negabile”: ci si può rifiutare di girarsi alla chiamata, proprio perché si è in qualche misura già “soggetti”.

64 Althusser, *Idéologie* cit., p. 49.

65 Quest'ultima ipotesi è per Derrida comunque un modo di riconoscere il potere dell'interpellante, perché che si dica sì o che si dica no, rispondere vuol dire sempre rispondere sì (aggiungiamo noi: come il “peccatore” insulta Dio, dunque riconoscendolo, in qualche misura): cfr. J. Derrida, *Abraham, l'autre*, in J. Cohen, R. Zagury-Orly (dir.), *Judéités. Questions pour Jacques Derrida*, Paris, Galilée, 2003; trad. it., *Abramo, l'altro*, Napoli, Cronopio, 2005, p. 35.

suggerimento hegeliano – allorché lo Stato si produca in richieste che il cittadino non può, non vuole soddisfare, come un Super-io che tiranneggi e di cui non se ne possa più. Ciò ci è consentito a partire dalla contraddizione affrontata da Althusser (l'individuo che viene soggettivizzato dall'interpellazione è già a sua volta in qualche modo soggetto): il riconoscimento non è dato una volta per tutte, ed è possibile che a esso ci si sottragga non effettuando la rotazione su se stessi, non girandosi di 180°, anzi rispondendo «chi siete?». Nel momento dell'interpellazione esiste già un soggetto, a cui viene richiesto di riconoscere il potere che lo interpella: di confermare la pretesa dell'autorità anche solo mediante una rotazione di 180°⁶⁶.

Che Hegel non contemplasse questa ipotesi è reso noto, oltre che dal § 75 della *Filosofia del diritto*⁶⁷, da ciò che egli scrive a proposito della pena di morte e in aperta polemica con Cesare Beccaria: «come si sa, Beccaria ha negato allo stato il diritto alla pena di morte sul fondamento che non si possa presumere che nel contratto sociale sia contenuto il consenso degli individui a lasciarsi uccidere, anzi si debba assumere il contrario»⁶⁸. Beccaria assumeva una certa “sacralità” della vita, che se non può essere tolta dal singolo col suicidio, tanto meno può essere appannaggio dello Stato⁶⁹. Tuttavia, nell'aggiunta al § 100 è scritto che «ciò che Beccaria pretende, cioè che l'uomo debba dare il suo consenso alla punizione, è affatto corretto»⁷⁰, ma che questo consenso sta nell'attività delittuosa stessa. Dunque il delinquente dà – coi fatti concludenti, diciamo – il proprio consenso alla punizione; ma che lo Stato debba essere autorizzato a essa è “affatto corretto”. La pena di morte, secondo Hegel, “onora” il condannato⁷¹. L'“essenza sostanziale” dello Stato non è (solo) la

66 «Chi ha la facoltà di poter misconoscere deve essere stato riconosciuto (e aver riconosciuto) almeno una volta»: Cortella, *Tesi provvisorie* cit., p. 15, tesi 3.9.1.1. (corsivo nell'originale).

67 Cfr. Hegel, *Lineamenti* cit., § 75, p. 74.

68 Ivi, § 100, p. 90.

69 Superfluo qui ricordare che Beccaria contemplava la possibilità di comminazione della pena di morte almeno in due casi, legati all'ordine pubblico e all'interesse nazionale. Ancor più significativo ma molto meno citato è il fatto che Beccaria riteneva che i lavori forzati a vita fossero più deterrenti in quanto più crudeli della pena di morte. Cfr. J. Derrida, E. Roudinesco, *De quoi demain... Dialogue*, Paris, Fayard et Galilée, 2001; trad. it., *Quale domani?*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, pp. 206-207.

70 Hegel, *Lineamenti* cit., aggiunta al § 100, p. 312 (corsivo mio).

71 Ivi, § 100, p. 90. Cfr. anche N. Bobbio, *Contro la pena di morte*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, p. 188.

protezione e l'assicurazione della vita degli individui in modo incondizionato, anzi «esso è l'entità superiore, la quale anche avanza pretesa su questa vita [...] ed esige il sacrificio della medesima»⁷². Insomma la pena di morte non è un mero dispositivo di esclusione del delinquente dal corpo sociale: essa, con l'uccisione del condannato, non lo espelle dal consesso civile. O meglio, non lo espelle soltanto: al contempo lo include e lo espelle, lo attira a sé e lo onora, lo riconosce come cittadino e proprio nella misura in cui avviene questo riconoscimento, esso rende possibile l'espulsione. Si può essere uccisi dallo Stato solo facendone parte: si può essere privati della vita ed espulsi dalla città (eliminati) solo in quanto al contempo si è riconosciuto che se ne fa parte. A rovescio: si può essere cittadini solo nella misura in cui si è costantemente esposti alla morte per mano dello Stato⁷³. «Il criminale *dopo* la lama della ghigliottina e le specie eucaristiche dopo la consumazione»⁷⁴ ritornano naturalità empirica, all'animalità. Aggiungiamo (al di là di Hegel): ritorna allo stato ferino precedente alla costituzione della società politica. Dunque la condizione della cittadinanza è la continua esposizione alla minaccia della morte, alla possibilità di perire in guerra (o di essere uccisi per mano del boia). E il momento massimo della cittadinanza, il massimo onore, è il momento che paradossalmente coincide con l'obliterazione del soggetto dalla comunità politica: la pena di morte è la condizione della libertà. Scrive Derrida commentando Hegel che «accettando il principio di una pena che non ha per fine di punirlo, castigarlo, mutilarlo, ma, al contrario, di innalzarlo alla libertà della comunità etica, il singolo individuo diviene libero, *si fa riconoscere come tale dalla società*»⁷⁵. Essere cittadini (ovvero compresi nella *civitas*), ci pare di poter affermare, è nella modernità accettare la minaccia costante della morte. Prima di Hegel, e da un punto di vista differente (non fosse altro che per la questione del contratto), è questo il portato implicito di Hobbes: «nella fondazione hobbesiana della sovranità, la vita nello stato di natura è definita *solo* dal suo essere incondizionatamente esposta a una minaccia di morte [...] e la vita politica, cioè quella che si svolge sotto la protezione del Leviatano, non è che *questa stessa vita*, esposta a una minaccia che riposa ora soltanto nelle

72 Hegel, *Lineamenti* cit., § 100, p. 90.

73 Nel caso della pena di morte; nel caso della guerra, la disponibilità a perire in battaglia fa di un popolo un popolo, una comunità etico(-politica).

74 J. Derrida, *Glas*, Galilée, Paris 1974; trad. it., *Glas. Campana a morto*, Milano, Bompiani, 2006, p. 486 (117).

75 Ivi, p. 474 (114), corsivo mio.

mani del sovrano»⁷⁶. La vita politica è *definita* dal suo essere costantemente esposta alla minaccia della morte per mano di chi detiene il monopolio della violenza legittima. Poter essere uccisi da chiunque nel proprio letto – il fulcro della ferinità – diventa poter essere uccisi sul patibolo. Se per Hobbes compito dello Stato in ragione del contratto è di proteggere la vita dei cittadini, con Hegel questa *fictio* viene a cadere ed emerge con chiarezza che, come detto, la condizione della cittadinanza è l'esposizione alla morte. Questo paradosso emerge con chiarezza (ma per eterogenesi dei fini) in un commento a Giorgio Agamben: lo Stato spoglia (*divests*) i cittadini dei diritti *in order to kill them*; dall'altro («but does “other” still mean anything here?»⁷⁷), lo Stato dà (*gives*) ai propri cittadini dei diritti *in order to kill them*⁷⁸.

Abbiamo sostenuto che l'accettazione di questo “destino” si compie già solo con la risposta alla chiamata, il cui portato tuttavia è ambivalente: da un lato assoggetta l'individuo e al contempo lo rende soggetto, dall'altro conferma l'autorità del sovrano in un meccanismo di teurgia politica. Di questa conferma della potenza del sovrano nell'atto di sottomissione del soggetto abbiamo provocatoriamente detto che essa passa attraverso la risposta attiva della vittima, il che evoca il “divin marchese” D.A.F. de Sade.

76 G. Agamben, *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 14-15 (corsivi miei). Difficile pensare di affrontare, tanto più in nota, la questione della differenza tra il presente lavoro e l'impostazione agambeniana. Si può tentare di dare qualche cenno, a partire dal rifiuto di una prospettiva trans-storica fondata sulla pervasività della morte e sull'ineluttabilità del potere (le risposte di Agamben alla questione della resistenza al potere sono balbettii). Agamben è pienamente dentro la generazione degli studiosi post-Auschwitz, sconvolta da una violenza che è stata interpretata in chiave ontologizzante e metafisica. Ci sarebbe poi da dire che mentre l'*homo sacer* è l'uccidibile (da chiunque) ma non sacrificabile, il condannato a morte è uccidibile (dallo Stato) e sacrificabile, e se il primo è l'eccezione (che conferma la regola), il condannato a morte è invece la regola, l'esplosione di quello *scarto* che lo Stato porta con sé dal momento della fondazione dell'ordine politico.

77 A. De Boever, *Overhearing Bartleby: Agamben, Melville, and Inoperative Power*, «Parrhesia», 2006, 1, p. 144.

78 Le preoccupazioni di De Boever rispetto alle tesi di Agamben hanno senso nella misura in cui esse ci insegnano, legati mani e piedi, al potere sovrano, e i diritti non hanno alcuna funzione, poiché esserne spogliati o esserne dotati pare non fare molta differenza: in ogni caso, i cittadini sono esposti alla minaccia della morte. Ciò che invece in questo libro si sta sostenendo, nel tentativo di superare il tragico “fatalismo” di Agamben, è che i diritti servono a spezzare quella logica di riconoscimento che attraverso la chiamata consegna il soggetto al potere, e la cui morte ne conferma la “gloria”.

Lungi dal sostenere l'idea di un "godimento"⁷⁹ dello Stato nel fare il male usando come "oggetto" il cittadino, ciò che si vuole mettere in luce è la relazione di riconoscimento necessaria al rapporto sadico. Cerchiamo di chiarire questo passaggio.

Innanzitutto, il potere dello Stato è sadico nella misura in cui esso rimane nella patente contraddizione di una sovranità che concentra nelle mani del Leviatano l'uso legittimo della violenza, ma che ha bisogno che il destinatario di quella violenza la riconosca come "giusta" e la accetti su di sé fino ad ammettere la possibilità di non essere più, di cessare di esistere. Sade⁸⁰ afferma che l'altro non è niente per lui, ma ecco che ciò fa erompere la brutale contraddizione, poiché se rompo con l'altro posso cadere alla sua mercé da un momento all'altro così come egli è alla mia mercé. La coscienza sadiana vorrebbe liberarsi del suo legame con l'altro ma può farlo solo legandosi all'altro in un moto circolare e perpetuo: «in effetti, nulla in Sade sembrerebbe più contraddittorio di questa rottura con l'altro, poiché proprio l'abolizione dei nostri doveri verso l'altro e, di conseguenza, l'esclusione dell'altro dalla mia sensibilità si tradurrebbero sempre in atti che richiedono l'altro per essere violenti e che al tempo stesso *ristabiliscono la mia realtà e quella dell'altro*»⁸¹. L'unico modo perché il sé e l'altro continuino a esistere è di costituire l'altro come oggetto del male e della morte. Dunque distruzione e creazione convivono, paradossalmente, in questa sospensione continua del male radicale che pospone l'atto all'infinito. Ciò si vede bene in quella che Pierre Klossowski ha chiamato la *delectatio morosa* di Sade: un diletto di una certa durata che per la teologia (da cui l'espressione proviene) consiste nell'indulgere nell'idea di un peccato prescindendo dalla sua esecuzione passata o futura. Compiacersi

79 Coco Fusco ha letto l'uso, da parte dell'amministrazione statunitense, di donne atte a infliggere torture ai prigionieri di Abu Ghraib e Guantanamo come una fuga in fantasie erotiche sadomaso destinata a erodere la capacità di preoccupazione etica per gli effetti della tortura sessuale: cfr. C. Fusco, *A Field Guide for Female Interrogators*, New York, Seven Stories Press, 2008.

80 Per Gilles Deleuze il legame perverso tra vittima e carnefice non è tanto da attribuire a Sade ma all'altro elemento dell'endiadi, Masoch: è in Masoch che vittima e carnefice stipulano un contratto hobbesiano totalitario a due: cfr. G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch. Le froid et le cruel*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1967; trad. it., *Il freddo e il crudele*, Milano, SE, 2007.

81 P. Klossowski, *Sade mon prochain précédé de Le philosophe scélérat*, Paris, Seuil, 1967; trad. it., *Sade prossimo mio preceduto da Il filosofo scellerato*, Milano, ES, 2011, p. 111 (corsivi miei).

di un crimine che non si commette ma si rinvia continuamente. Il potere si accerta di esistere nella negazione ossessiva dell'altro che non è mai (o quasi) negato fino in fondo⁸². Klossowski dice che il soggetto sadiano è felice non nel godimento, ma nell'attesa degli oggetti assenti, e si godrà «della loro presenza reale distruggendoli [...] oppure, se *deludono* – e sembrano rifiutarsi alla presenza (nella loro resistenza a quel che si vorrebbe far loro subire), li si maltratterà per renderli presenti e insieme distrutti»⁸³. Si potrebbe dire, parafrasando Paolo di Tarso, che senza la legge il peccato è morto, quindi il desiderio è morto: ma senza il desiderio (e il peccato) la legge è morta. I quattro libertini delle *120 giornate di Sodoma* devono, per poter godere delle loro atrocità, darsi delle ferree leggi: essi ne sono schiavi. E l'unico momento in cui le leggi di Silling vengono trasgredite è quando una delle vittime viene scoperta a pregare, ovvero quando a sua volta ella trasgredisce alle leggi del castello. Come è noto, uno degli articoli del Regolamento prevedeva che «il sia pur minimo atto di devozione religiosa da parte di un soggetto, chiunque esso sia, comporta la condanna a morte». Ma la fanciulla aveva dimostrato non di temere la minaccia della morte che il Duca di Blangis paventava, e anzi di desiderarla per liberarsi dall'infame destino di assistere e subire le atrocità dei quattro “amici”. Ed è proprio per questo che la fanciulla non viene uccisa. L'aver rifiutato di riconoscere la legge di Silling uccide il peccato.

Ma vi è un altro senso in cui si può dire che il potere ha qualcosa di sadiano, poiché Sade è tra le anime fosche e nere della modernità quella che in assenza di qualsiasi camuffamento, di qualsivoglia infingimento, segnala i paradossi dell'uomo dei Lumi.

82 I corpi, in Sade, sono indistruttibili, incorruttibili: tutto ciò che le vittime dei libri di Sade subiscono non le rende meno “deliziose”, “belle”, “meravigliose”. Proprio in questo essere indistruttibili dei corpi sadiani consisterebbe il legame tra Kant e Sade: essi possono continuare a essere solo attraversando la loro morte e non conseguendola mai: *Il soggetto sussiste nel proprio venir meno* (D. Tarizzo, *Introduzione a Lacan*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 77). Si veda J. Lacan, *Kant con Sade*, in Id., *Scritti*, II, Torino, Einaudi, 1974, pp. 765-791. Cfr. anche S. Žižek, *Kant and Sade: the Ideal Couple*, «The European Graduate School», <<http://www.egs.edu/faculty/slavoj-zizek/articles/kant-and-sade-the-ideal-couple/>>.

83 Klossowski, *Sade* cit., p. 128 (corsivi nell'originale). Klossowski vede nella ossessione sadiana per la reiterazione del crimine un riferimento ai carpocraziani, setta di eretici gnostici che ritenevano di dover esaurire tutti i crimini per conseguire la purezza, e che ciò si sarebbe potuto ottenere peccando, per consegnarsi così al Dio malvagio degli gnostici, quello che ha creato un mondo percorso dal male e che Gesù – la vittima che si consegna, appunto, alla morte – è venuto a liberare: cfr. *ivi*, p. 143.

È Sade, in modo parossistico, caricaturale, a far vomitare all'uomo tutto il male che è capace di vomitare e che invece nello Stato repubblicano rimane latente⁸⁴. E infatti Sade propone uno Stato in cui persino l'omicidio è lecito: «l'omicidio è un crimine in politica? Si abbia invece il coraggio di confessare che sventuratamente è una delle sue più grandi risorse»⁸⁵. La Repubblica deve rendere esplicita l'immoralità della monarchia, renderla intellegibile, senza infingimenti. Significativamente, in questo Stato la pena di morte va abolita: uno Stato in cui il male è scoppiato come un bubbone purulento non è più capace di condanne a morte. Klossowski ben descrive la critica sadiana a uno Stato che si fonda su un male trattenuto, sulla messa in mora della violenza:

lo stato repubblicano pretende di esistere per il bene pubblico: ma pur essendo evidente che non può far regnare il bene, nessuno sospetta che nella sua profondità conservi i germi del male; col pretesto d'impedire a tali germi di svilupparsi, il nuovo regime sociale si pretende vittorioso sul male; ed è precisamente questo a costituire una minaccia perpetua: il male che può esplodere a ogni istante sebbene non esploda mai⁸⁶.

È come se Sade avesse portato a emersione il nucleo segreto del contratto hobbesiano, ovvero il potere come “violenza tenuta a freno”⁸⁷. Di quel contratto che istituisce il potere e di cui Geminello Preterossi ha scritto che «alle origini delle funzioni “positive” del potere, del suo addomesticamento, vi è la dilazione della violenza, che crea lo spazio e il tempo della sopravvivenza, ma mantiene al potere medesimo *la possibilità di tornare a manifestarsi quale pura forza* [...] Anche quando è “legittimo”, il potere serba sempre un potenziale di sfrenamento»⁸⁸.

84 Cfr. Ivi, pp. 56 ss.; «si è tentati di chiedersi [...] se questo gran signore decaduto non abbracciò la filosofia dei lumi al solo scopo di rivelarne i fondamenti tenebrosi» (ivi, p. 73). Egli ebbe una «funzione denunciatrix delle forze oscure camuffate in valori sociali dai meccanismi di difesa della collettività» (ivi, p. 74).

85 Ivi, pp. 68-69.

86 Ivi, pp. 56-57.

87 G. Preterossi, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 5.

88 *Ibid.* (corsivo mio). Si veda anche G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 41-42: «È importante notare, infatti, che, in Hobbes, lo stato di natura sopravvive nella persona del sovrano» (ciò che fundamentalmente non condivido in Agamben è che ognuno, nella comunità politica costituita, sia “homo sacer”). Secondo Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991, § II, p. 34) «la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero».

Il paradigma di questo potere doppiamente sadico è la pena capitale. In essa vi è sia quello sfrenamento di cui parla Preterossi che la richiesta sadica di risposta attiva da parte della vittima. La pena capitale è l'uccisione legittima non del nemico *tout court*: per uccidere, lo Stato deve attrarre a sé, serrare la vittima in un abbraccio materno e allo stesso tempo asfissiante, mortale. Il *tu es* pronunciato dallo Stato è l'enunciato che s'evoca dal fondo uccisore di ogni imperativo (*s'évoque du fond tuant de tout impératif*)⁸⁹: l'individuazione che ne promana porta sempre con sé la minaccia dell'uccisione. Essere individuato – essere reso individuo, o essere soggettivizzato – significa essere esposto alla minaccia della morte da parte del potere. E la pena di morte è il momento massimo di quell'assoggettamento che è anche soggettivazione. Momento massimo, *deficit* di freno, bubbone che scoppia. Ma, l'abbiamo detto, il momento della *subjection* è il momento della chiamata e della risposta attiva alla chiamata⁹⁰: momento *di puro prestigio* nel quale la parola è fondamentale.

La chiamata di Barnardine è al contempo il *tu es* che s'evoca dal fondo uccisore di ogni imperativo ma anche l'estrema soggettivazione dell'assassino rappresentato nel dramma di Shakespeare. Tutto sta alla risposta di Barnardine: girarsi di 180° significa soggettivizzarsi – riconoscimento è sempre una *re-con-naissance*, un *nascere insieme di nuovo*, un riconoscimento – e assoggettarsi, confermarsi nella cittadinanza e confermare la potenza del sovrano. Negare quel riconoscimento (nel mentre si è già soggetti: lo avevamo detto a proposito del permanere dentro la contraddizione althusseriana), rispondere con l'imprecazione di Barnardine, significa qualcosa d'altro.

La pena di morte è dunque un'esclusione includente o un'inclusione escludente: ma solo nella misura in cui in essa si ripete il rito del riconoscimento⁹¹. La pena di morte non è affatto la riduzione del cittadino a uno stato di ferini-

89 Mutuo e modifico questa omofonia da Lacan, *Kant con Sade* cit., p. 770. Come non notare l'assonanza ideale con l'"hé, vous, là-bas!" althusseriano nell'interpretazione che qui ne abbiamo fornito?

90 In Lacan l'individuazione è la chiamata *Tu sei questo*, che richiede sempre una risposta che instauri la relazione di riconoscimento.

91 Ogni potere, fin dai recessi del tempo, ha bisogno del riconoscimento, di essere confermato nella propria *dynamis*. Cosa cambia allora nella modernità? Che il riconoscimento si interseca con il contratto: un patto tra due *soggetti* per la salvaguardia della vita a condizione che la vita stessa rimanga nella disponibilità di uno dei due, a cui è consentito di tornare a uno stato ferino. Non occorre aspettare che intervenga alcuna biopolitica per vedere il dispiegarsi di questa modalità.

tà: al contrario, essa rappresenta la richiesta *in limine mortis*, per l'appunto, di una firma da apporre al patto di cittadinanza. In altri termini, se l'atto criminale è la rottura del contratto sociale, esso non è, come sosteneva Fichte, una perdita di tutti i diritti come cittadino, ovvero non è la perdita della dimensione politica⁹². È allo stesso tempo perdita e mantenimento di quella dimensione, o meglio perdita *attraverso* il mantenimento di quella dimensione. Lo Stato che uccide il cittadino non nega il diritto, ma dà concreto sfogo alla violenza frenata che sta all'origine stessa dello Stato e del diritto: si tratta di un'*eccedenza sovrana*. La *fiction* del contrattualismo non riesce a camuffare fino in fondo un tale ritorno dello Stato a quella dimensione pregiuridica che lo Stato stesso ha serbato come uno *scarto*, un *resto* di animalità che ne è anche la condizione di possibilità⁹³. Del resto è interessante che la figura del boia esprima questa ambiguità, questa ambivalenza: «il boia, ci racconta de Maistre, non è fuori dalla società, ne è forse uno dei simboli dell'ambivalenza che la costituisce. Come de Maistre ci racconta, *egli tiene insieme le dimensioni più nascoste, l'orrore e il legame*»⁹⁴. Non si tratta di credere alla *fiction* del contratto: qui è in ballo l'animalità⁹⁵ dell'umano prima e dopo il contratto, ovvero la sua umanità che si carica *anche* di violenza come trascendentale del politico.

La pena di morte disinnesci così la logica schmittiana *freund/feind* (per Schmitt lo Stato che non è più in grado di comminare condanne a morte non solo segna la fine del politico, ma anche la fine della Storia) in quanto condizione di possibilità della politicità: l'ucciso non è il nemico e basta, è al contempo colui che va fatto "amico", colui che va incluso nella comunità (attraverso la chiamata) e contemporaneamente escluso, preso e scacciato⁹⁶. Egli è

92 Su Fichte cfr. P. Costa, *Introduzione a Id. (a cura di), Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 16.

93 Di segno contrario l'opinione di Luigi Ferrajoli (*Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in *ivi*, p. 65), secondo il quale «il fondamento filosofico del rifiuto della pena di morte è un fondamento assoluto, che si identifica con lo stesso fondamento etico-politico del diritto e dello stato».

94 E. Resta, *La guerra e la festa*, in *ivi*, p. 84 (primo corsivo mio).

95 Uso qui "animalità" poiché è corrente definire la violenza come "bestiale", "animale", "ferina". Occorrerebbe disfarsi di questo *cliché* antropocentrico: non c'è niente di più disumano dell'umano. Su animalità e proprio dell'umano in relazione alla sovranità, ovvero su questo nesso onto-zoo-antropo-teologico-politico, cfr. J. Derrida, *Le souverain bien – Ou l'Europe en mal de souveraineté*, «Cités», 2007, 2, pp. 123 ss.

96 Cfr. M. Ferraris, *Introduzione a Derrida*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 108-109.

il colpito dal bando, non tanto in quanto il bando esclude⁹⁷, ma in quanto esso include (convoca, *interpella*) ed esclude.

Dunque Barnardine è colui che spezza la relazione di riconoscimento, colui che si sottrae al potere sovrano il quale vive solo – come aveva intuito peraltro, come un “lampo sinistro” nella modernità, il La Boétie del *Contr’Un* – nella misura in cui viene “fatto” dai sudditi attraverso la glorificazione e l’accettazione dei suoi pronunciamenti, anche di quelli che negano i diritti del soggetto. Il boemo – vera figura, più che Amleto (si potrebbe, a mo’ di battuta, dire *Hamlet oder Barnardine*⁹⁸), che segnala uno spartiacque – in-

E tuttavia qui il rapporto non antitetico e opposizionale tra amico e nemico non dischiude affatto, come invece pare fare in Derrida, la possibilità dell’ospitalità dell’altro, ma al contrario, in una relazione rovesciata, ne consente l’annichilimento. Ed è per questo molto più inquietante: rappresenta il volto inquietante della modernità. In realtà, nella coppia amico-nemico ciò che viene assolutizzata è l’amicizia, non l’inimicizia: è proprio nella misura in cui l’altro è “amico” (fraterno: l’idea di fratellanza e uguaglianza universali) che ciò autorizza l’uso della violenza in difesa dell’amicizia e della fratellanza, in difesa dei diritti dell’altro. Tutto sommato ciò è quanto postula la teoria della guerra giusta anche nella sua versione contemporanea: non si bombarda perché l’altro è nemico, ma in quanto egli è “amico” e perciò occorre aiutarlo.

97 Pietro Costa, nella linea di una radicale esclusione dal corpo sociale, ha sostenuto che con il bando viene a interrompersi l’inclusione nel corpo politico: cfr. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 19. Sul bando dell’antico diritto germanico e sul bando medievale come esclusione dal corpo sociale (essendo esso fondato sulla pace, il bandito è *friedlos*, senza pace: uccidibile da chiunque, ma non sacrificabile; oppure considerato già cadavere) cfr. Agamben, *Homo sacer* cit., pp.116 ss. Tuttavia Agamben ne dà una lettura che colloca il bandito sulla soglia tra la città e il bosco. Al bando possiamo accostare l’*arrière-ban*, in franco “la chiamata degli uomini liberi”, ovvero la chiamata di coloro che avrebbero dovuto partecipare, nel medioevo, alla guerra. Nella traduzione moderna, lungi dalla chiamata medievale, «l’*arrièreban* è [...] una *Publizität* coatta che agisce *ininterrottamente*; *tutti* sono convocati *in ogni istante*, ogni giorno, da bandi secondari di bandi secondari. In ciò, dunque, consiste la “struttura oppressiva della società”, e non esistono né banditi né banditori, casomai si dà un esserci ormai *perennemente disponibile*» (Pizzingrilli in K. Marx, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, con aggiunte di Clio Pizzingrilli, Macerata, Quodlibet, 2008, p. 116). La chiusa di Pizzingrilli presuppone un potere inafferrabile, acefalo, mentre qui si ritiene che si tratti ancora di una *chiamata*, con un chiamante e un chiamato, e che sulla risposta alla chiamata si giochi la possibilità di spezzare la relazione di riconoscimento.

98 A proposito di Amleto: in chiusura di questa sezione occorre dare contezza, quanto meno in nota, di un testo per certi versi molto interessante ai nostri fini, quell’*Amleto o Ecuba* di Carl Schmitt, in cui l’autore fa i conti con l’irruzione della storia nella letteratura

carna l'umile vita che non si presta alla sceneggiata del potere moderno con il suo spettacolo di domande e risposte: Barnardine è una crepa, una fenditura nella facciata barocca della sovranità, un momento – per quanto letterario e dunque qui metaforologico – di decostruzione e di liberazione del puro nucleo del potere. Liberazione che si inceppa per causa di un boemo ubriacone e assassino⁹⁹. Harold Bloom, citando proprio Barnardine, invita – con una provocazione paradossale, così come è paradossale e poetico il rifiuto di Barnardine – i detenuti statunitensi del “braccio della morte” a fare come il boemo: In un periodo in cui le esecuzioni legalizzate infuriano negli Stati Uniti, consiglieri ai detenuti del braccio della morte di seguire l'esempio di Bernardino: dovrebbero semplice-

(e in particolare, per l'appunto, nell'*Amleto* di Shakespeare) con la dimensione del tragico che riguarda il politico. Si è discusso se Amleto fosse Giacomo I e se Maria Stuart (accusata da taluni di complicità nella morte del marito) si possa identificare con Gertrude. Di questi problemi si è occupato, tra gli altri, Paolo Becchi, segnalando anche le pagine (poche) che Gadamer, in *Verità e metodo*, ebbe a dedicare alla questione della storia nella letteratura. Si vedano: C. Schmitt, *Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel*, Düsseldorf-Köln, Eugen Dieterichs Verlag, 1956; trad. it., *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma*, Bologna, il Mulino, 1996; P. Becchi, *Carl Schmitt e il “tabù della regina”*, «nuova corrente», XLIV, 1997, 119, pp. 55-79. Infine, anche il fatto che il Duca non uccida Barnardine indurrebbe a richiamare *Amleto*, quando questi è in grado di uccidere il re Claudio mentre si confessa ed è quindi pronto alla morte, ma non lo fa. Secondo Freud, Amleto non uccide Claudio poiché egli riconosce edipicamente a Claudio ciò che lui stesso avrebbe voluto fare con la propria madre: «Amleto non deve affatto apparirci come una persona incapace di agire in generale. [...] Che cosa dunque lo inibisce dall'adempimento del compito che lo spettro di suo padre gli ha assegnato [ovvero vendicarlo uccidendo Claudio]? [...] la particolare natura di questo compito. Amleto può tutto, tranne compiere la vendetta sull'uomo che ha eliminato suo padre prendendone il posto presso sua madre, *l'uomo che gli mostra attuati i suoi desideri infantili rimossi*», S. Freud, *Edipo e Amleto*, in Id., *Leonardo e altri scritti*, Torino, Boringhieri, 1969, pp. 29-30, corsivo mio.

99 C. Schmitt ebbe a scrivere, discorrendo di Hobbes, che «la vita è una facciata dinanzi alla morte [...]. Il Leviatano stesso è una facciata; la facciata del dominio dinanzi al potere; i misteriosi tendaggi che compaiono sul frontespizio del *Leviatano*; ma non è “mera facciata”; non è mera apparenza e parvenza; è prestigio, gloria, onore, rappresentazione, onnipotenza», e poi, con estrema sincerità (possibile tanto più in quanto Schmitt scrive queste cose nel proprio “diario”): «L'intera psicologia e sociologia dello smascheramento comportano la decostruzione della facciata barocca e *la liberazione del puro nucleo del potere*»: C. Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-51*, Berlino, Duncker & Humblot, 1991; trad. it., *Glossarium. Annotazioni degli anni 1947-51*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 57-58 (corsivo mio).

mente rifiutare l'oscena dignità delle nostre decorose gassature, iniezioni letali e sedie elettriche, poiché ormai le impiccagioni e i plotoni d'esecuzione sono, almeno per il momento, fuori moda. Raccomando loro di non lasciarsi convincere a morire e di costringerci a fargli schizzare le cervella con i bastoni, come suggerisce giustamente Bernardino¹⁰⁰.

4. Conclusioni

Ricordando Pierre Klossowski, nelle pagine che precedono abbiamo menzionato l'idea di un potere che, pretendendo (l'inglese qui ci verrebbe in aiuto, stante la ambiguità polisemica di *pretend*: pretendere, avanzare un *claim*, ma anche fingere) di fare il bene, persegue il male. Cosa c'entrano i diritti si è cercato di chiarirlo in queste pagine. Cosa c'entrano i diritti umani si tenterà di chiarirlo adesso.

In effetti, se i diritti umani sono lo strumento che, ammantato del consenso *omnium gentium*, sfida il potere e permette ai cittadini di adire le corti anche contro gli Stati di appartenenza, essi si configurano come un tassello alla soggettività di diritto internazionale degli individui. Tuttavia, luci e ombre caratterizzano questo strumento, soprattutto da quando si è affermata – nei primi anni Novanta del secolo scorso – l'idea di *humanitarian intervention* come azione armata NATO con il cappello ONU per la difesa e l'affermazione dei diritti umani nel mondo, o meglio in quelle aree del mondo in cui gli interventi armati fossero possibili alla luce di considerazioni di *realpolitik*. La dottrina bushiana dell'esportazione della democrazia in nome dei diritti ha in qualche modo richiamato la Scolastica spagnola con l'idea che la *Conquista* si rendesse necessaria non tanto perché, come nella vulgata, gli *indios* fossero privi di anima, ma in quanto titolari di diritti eppure in condizione di tale minorità da non poterne garantire il godimento e l'applicazione.

Dunque se i diritti umani sono strumenti di lotta all'oppressione, essi possono essere al contempo strumenti di oppressione, se essi – come è stato nei decenni precedenti – vengono usati per giustificare la comminazione di 'pene di morte collettive'. E questo al di là delle aporie e contraddizioni che da più parti, e con ampiezza di argomenti, si è sostenuto a proposito dei diritti umani come consustanziali al dominio (da una parte si sottoscriveva la *Dichiarazione* del '48, dall'altra si manteneva intatto il sistema di dominazione coloniale) oppure come 'calati dall'alto' da parte delle potenze occidentali.

100 H. Bloom, *Shakespeare: The Invention of the Human*, New York, Riverhead Books, 1998; trad. it., *Shakespeare. L'invenzione dell'uomo*, Milano, Rizzoli, 2001, p. 262.

Argomenti che hanno sicuro fondamento, ma che andrebbero valutati con maggiore attenzione, al fine di superare quell'atteggiamento *dismissive* nei confronti di strumenti carichi senz'altro di contraddizioni, ma passibili di miglioramenti, soprattutto una volta che si voglia individuare, attraverso la lotta e l'attività politica, chi sono i soggetti che devono contribuire alla definizione del catalogo che li declina.

MUTAMENTI

LA NECESSARIA INATTUALITÀ DEL FONDAMENTO. NOTE A PARTIRE DA
DIRITTO NATURALE E DIGNITÀ UMANA DI ERNST BLOCH

Sergio Labate

Il barbaro è innanzitutto colui che crede alla barbarie¹

[Cornelius Castoriadis]

L'occhio della legge sta nel volto della classe dominante²

[Ernst Bloch]

1. *Il fondamento naturale come lato oscuro*

A posteriori non sembra esserci stato nulla di più violento che la retorica occidentale dei diritti umani. Il loro sogno moderno, sorto con la Rivoluzione francese e dichiarato con ambizione planetaria nella Dichiarazione del 1948, si è trasformato in un incubo la cui storia si raccoglie tra due estremi: l'*impotenza* delle dichiarazioni senza tutele e, d'altra parte, la *potenza* estrema dell'imposizione occidentale, che ha reso i diritti umani arma di conquista di un modello culturale sugli altri.

È da questa verità controfattuale, da questa tragica storia contemporanea di pratiche dei diritti che emerge con forza – con *legittima* forza – la tentazione d'identificare il lato oscuro con il nocciolo fondativo. Autofondandosi, i diritti umani giustificano la loro indifferenza nei confronti della storia, delle culture, delle tradizioni giuridiche, delle lotte: essi non eguagliano ma *neutralizzano*. Così la questione, da semplice evidenza pratica, diviene un atto d'accusa epistemologico: i diritti umani affidati ad un discorso sulla loro presunta natura fondamentale non riproducono precisamente la violenza del fondare, a partire da cui la filosofia ritiene di doversi congedare dall'età moderna?

1 C. Castoriadis, *Démocratie et relativisme*, Paris, Fayard, 2010; trad. it. *Relativismo e democrazia*, Milano, Elèuthera, 2010, p. 19.

2 E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1961; trad. it. *Diritto naturale e dignità umana*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 168.

Non è mia intenzione, in queste poche pagine, dare una risposta a tale interrogativo, su cui del resto la discussione è quasi inafferrabile per estensione e profondità. Esso serve semplicemente a localizzare il mio tentativo. Situandomi al centro della messa in questione dei diritti naturali come nocciolo oscuro dei diritti umani, vorrei cercare di recuperare una tendenza luminosa che appartiene a quel riferimento *sconcertante* (i diritti umani *come* naturali) senza però ricadere nella violenza del fondamento o nella violenza imperialistica di un modello culturale che s'impone come natura universale.

La mia convinzione è perciò che la critica decostruttivista sul fondamento naturale dei diritti umani vada attraversata con convinzione non in vista di una posizione negativa (*contro* i diritti umani) ma piuttosto in vista di una tensione *regolativa* e *non costitutiva* cui far risalire la vera "natura" dei diritti umani universali. Proverò a compiere i primi passi verso questa natura regolativa analizzando un'opera provocatoria e, per molti versi, sfuggente di Ernst Bloch³. Quest'analisi sarà orientata da alcune questioni cui le pagine di Bloch, a mio avviso, provano a dare risposte inconsuete. In conclusione mi soffermerò sulla specifica ripresa blochiana del diritto naturale, per cercare di approfondirne il valore d'attualità.

2. *Il giusnaturalismo oltre le sue illusioni*

La proposta blochiana – come accade spesso nel complesso della sua opera – si caratterizza per la continua ricerca di un equilibrio, in questa specifica occasione tra *l'ortodossia* delle critiche marxiane al diritto naturale classico e *l'eresia* di un recupero collocato all'interno di una precisa genesi storico-rivoluzionaria. In questa prospettiva Bloch propone una sommaria ricapitolazione della storia del diritto naturale, che culmina – *prima facie* – nel dualismo medievale di «diritto naturale assoluto» e «diritto naturale relativo»⁴.

3 Per una bibliografia sommaria sulla recezione del volume rimando alle pagine finali dell'edizione italiana: Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 317-327. Cfr. inoltre L. Boella, *Ortopedia del camminare eretti. L'eredità socialista del diritto naturale nella filosofia politica di Ernst Bloch*, «Aut Aut», n. 173-174, 1979, pp. 29-70; C. De Luzenberger, *Diritto naturale e storicità. Sulle tracce di Ernst Bloch*, Napoli, Luciano Editore, 2010.

4 Cfr., in particolare, Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 22-40. Per una prima sintesi del diritto naturale medievale cfr. almeno R. Tuck, *Natural Right Theories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

Questo dualismo reca con sé alcune conseguenze: innanzitutto esso comporta una giustificazione *ante litteram* della tirannia (per cui la sproporzione tra natura assoluta e natura relativa esige la mediazione di un potere in controtendenza, un potere che “aggiusti” le cose); in secondo luogo esso procede da una nozione metafisica di «giustizia dall’alto»⁵. Entrambe queste conseguenze trovano sintesi nell’idea secondo cui la giustizia

fu sicuramente la prima pietra del diritto naturale medioevale, del diritto naturale dell’ideologia sociale organicamente gerarchica. Anche le arti figurative del medioevo hanno celebrato così la giustizia, nelle allegorie della *Iustitia*, che qui appare per la prima volta fornita di spada e bilancia, con *il suum cuique* della bilancia, che giudica ma insieme distribuisce. [...] Non c’è mai stato un edificio di governo che si sia sentito spinto a scegliere il Discorso della Montagna come prima pietra o almeno a prendere l’età dell’oro come allegoria. È invece caratteristico del valore di opposizione del diritto naturale dell’età moderna che il *pathos* della giustizia diminuisca rispetto a quello della libertà e dell’uguaglianza⁶.

L’effetto sociale della teoria medioevale del diritto naturale è così chiaro: essa prepara la strada alla stratificazione della società borghese, costruita secondo classi e attraverso un giusto prezzo⁷: il «diritto naturale medioevale» diventa struttura vicaria «dell’ideologia sociale organicamente gerarchica», proprio enfatizzando la dimensione comparativa della giustizia. Al contrario, la vera rivoluzione dell’età moderna consisterebbe precisamente nella sostituzione del principio giustizia coi principi di libertà e di uguaglianza. Tesi che già annuncia uno dei nodi storici più aggrovigliati di quest’interpretazione: l’idea secondo cui la Rivoluzione francese non si può leggere *soltanto* come rivoluzione borghese ma anche come utopia sociale e giuridica. In conseguenza di ciò, anche «il diritto naturale dell’età moderna» contiene una cesura rispetto ai suoi antenati: esso non può semplicemente essere ridotto al rango di quella che Marx definirebbe come “fraseologia giuridica” al servizio della stratificazione gerarchica delle disuguaglianze nella struttura di classe.

La raffigurazione blochiana della storia dei diritti naturali si regge dun-

5 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 37-38.

6 Ivi, pp. 38-39.

7 «La giustizia esige un *pretium iustum*. [...] Essa esige un’articolazione sociale sulla base di una disuguaglianza naturale già nel paradiso e a più forte ragione nella condizione di peccato; così legittima la divisione del lavoro, dallo spaccalegna al principe», ivi, p. 38. Sul tema cfr. C. Romagnoli, *Ernst Bloch e la teologia politica*, «Babelonline. Rivista di Filosofia», n. 4, 2008, pp. 367-376.

que su questa discontinuità – tra diritto naturale medioevale e diritto naturale dell'età moderna – che però non si può descrivere semplicisticamente. Se da un lato il giudizio blochiano sul medioevo è sostanzialmente negativo, esso è altresì, come già ricordato, pieno di contrappunti, vie di fuga, eresie in corso d'opera la cui latenza non è stata ancora scandagliata fino in fondo. Allo stesso modo la lettura blochiana dell'età moderna, che in questo testo si raggruma in un *locus* teorico – Rousseau – e in un *locus* storico – la Rivoluzione francese, ha da fare i conti con la puntuale critica marxiana alla genesi borghese dei diritti naturali. Bloch non rigetta affatto questa critica ma la corregge, individuando anche qui una controtendenza all'interno dell'età moderna che sposta in modo radicale l'idea stessa di una necessità borghese come conseguenza dello spirito rivoluzionario. *Bloch condivide le argomentazioni classiche di critica al giusnaturalismo*: per ragioni di appartenenza culturale, l'autore appare assai sensibile alla critica sull'utilizzo strumentale della fondazione naturale dei diritti umani. Da questo punto di vista un recupero della «latenza utopica» del giusnaturalismo può avvenire solo dopo aver messo definitivamente dietro le spalle alcuni significati insostenibili del «diritto naturale classico». In particolare, si tratta di recuperare le critiche di Marx e dunque di affermare le seguenti tesi.

a. Non è sostenibile che l'uomo sia libero e uguale per nascita. Non esistono dei diritti innati, sono tutti acquisiti o devono ancora venir acquisiti con la lotta. L'andatura eretta fu solo la predisposizione a qualcosa che deve essere conquistato⁸.

Il recupero del giusnaturalismo avviene dunque né come presupposto di una natura *iniziale* né sotto forma d'imposizione di una natura *dall'alto*. La premura di Bloch è evitare una contrapposizione tra natura e storia. In questo senso il giusnaturalismo non è una modalità di messa sotto tutela della storia (per cui, per riprendere le celebri parole di Marx in *Miseria della filosofia*, «c'era storia, adesso non c'è più») ma piuttosto una «utopia giuridica»⁹ che dà luogo ad una vera e propria filosofia della storia.

b. Ovviamente non è sostenibile che dei diritti inalienabili faccia parte la proprietà. Essa è sorta solo in seguito alla divisione del lavoro, come facoltà di disporre della forza lavoro altrui e dei suoi prodotti. [...] La storia dimostra invece come la proprietà comune fosse la forma originaria, che per molto tempo si è conservata nella proprietà del comune (l'al-

8 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 175.

9 Ivi, p. 192.

menda o pascolo comunale, la costituzione del *mir* russo). E nella proprietà privata stessa si possono notare distintamente due tonalità diverse: quella più antica, come la possibilità del possesso e dell'uso senza restrizione; la più recente, come possibilità della libera alienazione. È solo la seconda qualità a formare infine la proprietà privata capitalistica (con la conseguenza del reddito senza lavoro)¹⁰.

Bloch si appropria dunque della critica al diritto proprietario come fonte del giusnaturalismo dell'età moderna (critica che in questo volume si rivolge in modo analogo sia a Locke sia a Hobbes). Altresì, egli sottolinea la natura del tutto contingente della proprietà privata e il suo mutamento genetico che ha dato luogo al capitalismo. Tra le righe c'è un'indicazione attualissima, che andrebbe ripensata più in profondità. Si tratta infatti di riconoscere non solo che esiste una «tonalità» della proprietà privata differente da quella moderno-capitalistica, ma anche che il concetto stesso di proprietà non rimanda *originariamente* all'individualismo ma alla condivisione di ciò che è (in) comune. Ora, l'attributo caratterizza la proprietà e ne sollecita un ripensamento anche in quanto contenuto dei diritti naturali (è precisamente quanto Bloch sta facendo in queste pagine: una divisione analitica della zizzania dal grano buono, delle «illusioni del diritto naturale» dagli «ideali del diritto naturale»¹¹). Anticipando tendenze contemporanee, Bloch non contrappone il *comune* alla *proprietà*, ma procede ad un recupero del diritto naturale alla proprietà *come* proprietà comune. Che vuol dire fondare il diritto naturale sulla «proprietà *comune*» piuttosto che sulla «proprietà *privata*»? Le indicazioni che provengono da questo testo sono davvero minime e consistono, prevalentemente, in un riferimento negativo¹²: non si dà diritto naturale alla proprietà comune se non al di fuori di un modello sociale non contrattualistico. Ecco dunque la terza demistificazione del diritto naturale da operare.

¹⁰ Ivi, p. 176.

¹¹ «Tuttavia gli ideali non sono andati del tutto persi lungo il cammino della storia, non contengono affatto solo apparenza e falsi problemi. Per quel che riguarda gli ideali del diritto naturale, essi contenevano, nel loro periodo classico, il sale rivoluzionario, l'esortazione critica, una quantità sufficiente di ingredienti della vera essenza che si manifesta», ivi, p. 185.

¹² Al contrario, mi pare che proprio questa intuizione blochiana sia latrice di conseguenze teoriche assai attuali. Il suo merito non è semplicemente quello di sollecitare a spostare la discussione pubblica dalla preservazione delle proprietà all'urgenza della garanzia dei "beni comuni", quanto piuttosto di mettere insieme questo spostamento con un discorso impositivo dei diritti umani.

c. Non sostenibili sono inoltre le forme in cui agli uomini vien dato il loro diritto. In cima vi è il contratto sociale, un inizio o portale di cui non rimane pietra su pietra. Una quantità di semplici singoli, di semplici privati si sarebbero riuniti per fondare una comunità per mezzo del contratto, che è appunto un mezzo giuridico alquanto tardo di tale comunità. [...] Anche il *contrat social*, così come è stato retrodatato ad un'età primordiale, è costruito in modo perfettamente razionale, vale a dire come rapporto giuridico tra liberi concorrenti. [...] Non sostenibile è pertanto anche la continuazione di questa introduzione ovvero la costruzione a priori secondo il puro intelletto, come finzione di una deduzione senza lacune delle norme giuridiche da un principio teleologico giuridico *ante rem* (la socievolezza, la sicurezza o la maggior libertà individuale possibile)»¹³.

La demistificazione blochiana del fondamento contrattualistico dei diritti naturali s'inscrive nella scia delle critiche di Marx, provando però a portarle avanti. La continuità è rappresentata dal fatto che il contratto sociale – sia esso finzionale o preistorico – è in ogni caso «un riflesso alquanto immediato di rapporti economici»¹⁴. A questo proposito e in modo assai opportuno Bloch fa esplicito riferimento alla critica al contrattualismo contenuta nel primo libro de *Il Capitale* («questo rapporto giuridico, la cui forma è il contratto, sia o no svolto in forme legali, è un rapporto di volontà nel quale si rispecchia il rapporto economico. Il contenuto di tale rapporto giuridico, ossia di volontà, è dato dal rapporto economico stesso»¹⁵). C'è però un elemento che rimane irrisolto in questa riproposizione argomentativa del canone marxiano all'interno della cornice di pensiero blochiana. Tale elemento consiste nel fatto che la messa in questione dell'*origine* del contratto non è in sé necessariamente una messa in questione del *contratto*, come emergerà con vigore nella simpatetica lettura blochiana della Rivoluzione francese e della sua provenienza rousseauiana. Detto semplicemente: la Rivoluzione francese – proprio nella parte che si rifà in modo consistente a Rousseau – non mette in discussione la natura contrattualistica del fondamento dei diritti, quanto piuttosto la sua fissazione in un punto già dato della storia. Se gli orologi *ricominciano* e la *Querelle des Anciens et des Modernes* riempie i salotti parigini non è per annichilire il contratto ma per *ricominciare*¹⁶. Se la questione dirimente è

13 Ivi, p. 177.

14 Ivi, p. 170.

15 K. Marx, F. Engels, *Das Kapital*; trad. it. *Il Capitale. Libro primo*, Roma, Editori Riuniti, 1977, p. 117.

16 La discussione verte, infatti, sul tema generazionale: può una generazione ereditare il contratto o ha il diritto di ricominciare anche per le generazioni successive? Sul tema cfr. il bel libro di P. Persano, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra Ancien Régime e Rivoluzione*, Macerata, Eum, 2007.

l'origine del contratto, il diritto naturale è sempre un diritto messo in scena *attraverso* un contratto (che è poi uno dei nodi più problematici del nesso tra diritti naturali e diritti politici in Rousseau¹⁷).

Bloch non si limita però ad aderire alla critica marxiana, dal momento che giunge a riconoscere la rivendicazione razionale che sta dietro il presupposto economico del contratto. Da questo punto di vista il contrattualismo non è che il tentativo capitalistico di addomesticare le passioni e i vincoli. Esso corrisponde ad una *mathesis universale*¹⁸, la cui capacità oggettiva consiste precisamente nel ridurre ogni istanza passionale ad una «costruzione a priori secondo il puro intelletto, come finzione di una deduzione senza lacune delle norme giuridiche da un principio teleologico giuridico *ante rem*»¹⁹. Il diritto naturale non è dunque sostenibile come diritto razionale. Ma cosa resta, a questo punto, per rendere lecita la messa in salvataggio del diritto naturale oltre queste illusioni?

d. Non sostenibile è inoltre che gli uomini siano d'accordo secondo la loro opinione del diritto. E che fossero uniti senza variazioni, finché il loro lume non fosse offuscato artificialmente, dai principi e dai preti. [...] Non sostenibile è pertanto anche l'idolatria di una presunta natura complessiva immutabile e normativa²⁰.

Siamo al centro dell'argomentazione di Bloch. Potremmo sintetizzare così: il cuore del diritto naturale non è una razionalità persistente nel tempo e transculturale. Il contenuto del diritto naturale non rimanda a un fondamento razionale né ad una metafisica dell'uomo e della natura. Non si tratta cioè di spostare l'umanità dell'uomo al di qua della storia, in modo da ripararla dalle pratiche di oppressione (e, conseguentemente, d'emancipazione). Non c'è dunque un nucleo irriducibile di umanità (appare qui l'intolleranza di Bloch ad ogni residuo metafisico, che rende la sua ripresa dei diritti naturali in-

17 Sul tema cfr. B. Bernardi, *La fabrique des concepts. Recherches sur l'invention conceptuelle chez Rousseau*, Paris, Champion, 2006.

18 «L'ambizione della costruzione a priori proviene dalla matematica moderna; il suo ideale, come già notato, era un sistema di relazioni razionali astratte, che deducesse e fosse in grado di determinare mediante il calcolo tutti i fenomeni da pochi concetti fondamentali – indipendentemente dalla loro differenziazione materiale oggettiva. Questo incarico veniva dal bisogno capitalistico di avere un mondo calcolabile astrattamente, omogeneo e il più possibile quantificato», Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 177.

19 *Ibidem*.

20 *Ivi*, p. 179.

comparabile con la tradizione personalista). L'uomo e la sua umanità sono produzioni *sociali* della storia e, dal punto di vista giuridico, fanno capo alle lotte e ai processi emancipativi. La simpatia di Bloch va, non è un caso, al *citoyen*: soggetto storico concreto di rapporti sociali. I diritti dell'uomo sono diritto del cittadino²¹, e il fallimento dei diritti dell'uomo non sta affatto nel limite della cittadinanza, à la *Arendt*, ma piuttosto nella «caduta dal *citoyen* al *bourgeois*»²². In un senso fortemente sociale i diritti naturali sono sempre diritti del cittadino²³, in quanto egli è

il portatore della libertà socializzata [...]. Ciononostante l'immagine del *citoyen* ha subito un danno, per così dire ancora nel grembo materno, che in seguito continuò a produrre degli effetti poiché di tale danno non si riconosceva l'origine. Tuttavia, nonostante l'esistenza di sorgenti diverse e persino di amministratori funesti, l'immagine integra del *citoyen* conservò, anche come frase fatta, una valenza critica nei confronti dell'instaurarsi del suo *pendant* [il *bourgeois*; S.L.]²⁴.

Vedremo in seguito come questa de-sostanzializzazione dell'uomo ha senso solo in funzione di uno slittamento utopico dell'*humanum*: esso non è più un'essenza ma una *tendenza*; non designa un nucleo di conformità ma un movimento reale di emancipazione. Proprio perché *non c'è* uomo *si dà* umanizzazione.

Analoga operazione di marginalizzazione è compiuta da Bloch nei confronti dell'uso della nozione di *natura* all'interno della semantica dei diritti naturali. Si procede addirittura ad una minuta classificazione dei «concetti gnoseologici del diritto naturale» e dei «concetti ontologici del diritto naturale»²⁵. Di fatto questa classificazione converge nell'idea blochiana secondo

21 In un altro passaggio Bloch unisce l'apologia del *citoyen* con il criptico riferimento all'"esser comune" cui abbiamo fatto cenno in precedenza: «Il progresso che continua a vivere vuole che proprio l'elemento politico del *citoyen*: libertà, uguaglianza, fraternità, entri finalmente nelle *forces propres* dell'uomo vivo; soltanto allora, dice Marx, "sarà portata a compimento l'emancipazione umana", secondo la quale l'altro non vive più, come nell'egoismo dei *droits de l'homme*, in quanto limite della libertà bensì in quanto suo esser comune», ivi, p. 167.

22 Ivi, p. 185.

23 Scrive per esempio Bloch che «il rilevante frutto positivo [della Dichiarazione del 1789] [...] non concerne semplicemente i diritti dell'uomo ma sicuramente i "diritti del *citoyen*"», ivi, p. 164.

24 *Ibidem*.

25 Ivi, p. 178.

cui si tratta di evitare una «fuga nella natura» contro «il consenso con la storia»²⁶. Contro Rousseau e con Hegel, per Bloch la questione è evitare «l'ambiguità del diritto naturale»²⁷: il suo far riferimento ad uno stato originario e, allo stesso tempo, il suo pregiudicare il campo di forze presente nella prassi storica. Per questo Bloch sottolinea con forza il celebre doppio movimento marxiano, ma facendo ora prevalere la necessità di una «umanizzazione della natura» sulla «naturalizzazione dell'uomo». L'umanizzazione della natura consisterebbe nel sacrificarne una lettura statica in nome di una sua «modalità processuale e dunque utopica»²⁸. Questa modalità processuale e utopica ha un suo riferimento concreto in una volontà comune: «è fuori dubbio che fossero unite nell'intenzione verso la libertà dall'oppressione e verso la dignità umana, perlomeno dal tempo dei greci. Tuttavia è immutabile solo questa volontà, come notato, non l'uomo stesso e il suo cosiddetto diritto eterno»²⁹.

La messa a parte della natura e della nozione pacifica di «uomo» in nome della volontà serve a mettere al riparo il fondamento dei diritti da ogni astrazione. Le illusioni fondative altro non sono – e qui Bloch è fedele a Marx – che astrazioni concettuali. Solo la volontà – cioè la messa in pratica nella storia – permette di compiere un «movimento reale che elimina la condizione presente» – come scrive Marx nella *Ideologia tedesca*. Questo punto rende la proposta di Bloch attualissima. Si tratta infatti di accettare fino in fondo le critiche al fondamento dei diritti come residuo metafisico, verità storica, violenza particolare, e persino la critica circa la sua vanità (il fatto che riconoscere un diritto come naturale non significa affatto garantirne l'effettività giuridica). Emendato il fondamento dalle sue illusioni (comprese «la bontà originaria della natura umana e l'armonia degli interessi nell'economia privata, che sembravano aggiungere il bello, il vero e il bene all'ideale della fraternità»³⁰) non resta né un oggetto né una giustizia paternalistica³¹, ma una *volontà generale* (tema davvero centrale, che meriterebbe assai di più che un semplice cenno). Non c'è alcuna metafisica del fondamento ma un'etica (non una morale!) del

26 Ivi, p. 181.

27 *Ibidem*.

28 Ivi, p. 182.

29 Ivi, p. 179.

30 Ivi, p. 183.

31 La critica al «carattere patriarcale, anzi dispotico, della giustizia» ricorre costantemente nelle pagine blochiane. La giustizia infatti «non agisce come critica ma come apologia critica della legislazione positiva. Infatti ciò che è giusto presuppone un'autorità che elargisce, e si appella alla sua coscienza esortandola ad essere imparziale», ivi, p. 35.

fondamento. La volontà pone l'universalità del fondamento solo attraverso le mediazioni dialettiche proprie della storia e della lotta delle volontà per i suoi contenuti. Per utilizzare i termini blochiani, la critica all'ideale astratto del fondamento deve portare alla «prassi dell'ideale rivoluzionario». Questo ideale rivoluzionario è il contenuto utopico della tendenza concreta e consiste nel movimento di emancipazione e di rivendicazione dei diritti umani. Vale dunque per i diritti naturali emendati da ogni residuo metafisico e ricollocati nella concretezza degli atti della volontà quanto scrive Bloch in queste pagine: «Qui l'ideale è posto dalla *tendenza*, non dall'astrazione di una teoria, e dalla prassi della tendenza viene corretto in modo sempre più profondo, secondo gli strati di realtà sempre più profondi che si vanno raggiungendo»³².

Tralasciamo per il momento l'approfondimento di questo passo essenziale del percorso blochiano, per concentrarci non soltanto sul valore dell'ideale concreto ma anche sulla ripresa della semantica della rivoluzione all'interno della discussione sul fondamento dei diritti naturali. Siamo infatti giunti a comprendere che esso vale in quanto descrive la struttura originaria attraverso cui la volontà tende ad una «prassi dell'ideale rivoluzionario». Il fondamento dei diritti naturali altro non sarebbe che il nucleo rivoluzionario dei diritti: la loro capacità di stordire il reale dialetticamente, implicandolo in una volontà di oltrepassamento che si fa prassi. Sarebbe questo, per Bloch, il senso profondo del diritto naturale durante la Rivoluzione francese. È per questo dunque che solo ritornando plasticamente a quell'evento fondatore possiamo ripensare il fondamento dei diritti naturali oltre le sue illusioni.

3. *Dell'eredità rivoluzionaria di Rousseau*

Tutta la dialettica precedentemente illustrata tra illusioni e volontà del giu-snaturalismo culminano nelle pagine che Bloch dedica a Rousseau e, successivamente, alla Rivoluzione francese. Questa apicalità si giustifica, a mio avviso, per due motivi teoricamente essenziali.

Il primo motivo è che la conformità di Bloch alle critiche marxiane ai diritti umani come diritti borghesi è rispettata integralmente, con la sola eccezione del giudizio circa la Rivoluzione francese³³. Si capisce allora come questa

³² Ivi, p. 184.

³³ Sul tema cfr. K. Marx, F. Engels, *Die heilige Familie* (1844); trad. it. *La sacra famiglia ovvero Critica della critica critica*, Roma, Editori Riuniti, 1979. Per una ricostruzio-

distanza diventi decisiva: poiché è in nome di questa distanza che ha senso riprendere il discorso giusnaturalista e non soltanto delegittimarlo come un ricettacolo di illusioni (e di pratiche violente). Il nucleo che unisce l'evento rivoluzionario alle retoriche dei diritti umani (come diritti naturali) serve così non soltanto ad articolare nuovamente un discorso sui diritti oltre la loro disfatta ma anche a ripensare la Rivoluzione francese oltre la propria effettività borghese. C'è un elemento di analogia e un elemento di condizionatezza da sottolineare. L'analogia è precisamente legata al fatto che, a questo punto, i diritti naturali non sono (soltanto) diritti borghesi tanto quanto la Rivoluzione francese non è (soltanto) una rivoluzione borghese; ma potremmo anche dire: il nucleo sorgivo dei diritti umani (la volontà) trascende infinitamente la sua storia degli effetti (che di fatto finisce per identificarli con l'imperialismo dei diritti) tanto quanto il nucleo sorgivo della Rivoluzione francese trascende infinitamente la sua storia degli effetti (l'instaurazione di un ordine borghese e di una diseguaglianza materiale legittimata anche dall'uguaglianza nominale dei diritti). La dimensione condizionale ci suggerisce un aggravio di quest'analogia. Forse, è possibile ricominciare un discorso sul fondamento naturale dei diritti umani che non sia retorica imperialistica solo a condizione di ripensare l'essenza del momento rivoluzionario al di là della sua *storia* rivoluzionaria.

Il secondo motivo è che Bloch ha probabilmente compreso in anticipo una verità effettuale che è necessario riconoscere con urgenza nelle discussioni contemporanee sui diritti umani. Questa verità effettuale è molto semplice: tutte le dialettiche e le aporie contemporanee che *si producono* circa la natura fondativa dei diritti o circa la loro capacità prescrittiva universale non fanno altro che *riprodurre* – in forma estesa, secondo le evidenti mutazioni delle sovranità in gioco (a partire dalla crisi degli stati nazione) – quanto era in gioco nella discussione circa ciò che si poteva o meno rappresentare sotto forma di *Déclarations des droits* nell'età della Rivoluzione³⁴. E questa – ma la questione è troppo delicata e spinosa per poterla approfondire e non soltanto richiamarla – è una prova inconfutabile di quanto ciò che possiamo compren-

ne della complessa interpretazione marxiana cfr. S. Tiné, *Marx e la rivoluzione francese*, «Polemos. Materiali di filosofia e critica sociale», n. II, 2008, pp. 159-176.

34 È quanto si manifesta con rara e preziosa evidenza nel saggio introduttivo di G. Ruocco intitolato significativamente *I diritti naturali di fronte alla Rivoluzione*, in G. Ruocco (a cura di), *L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits di Sieyès e la critica di Bentham*, Macerata, Eum, 2009.

dere dal punto di vista delle teorie del fondamento e delle teorie del diritto nell'età contemporanea non esiga un congedo dal moderno ma piuttosto un approfondimento di un presupposto moderno che non è superato ma è soltanto rimosso (la sua ipermodernità consiste anzi nell'agire nelle discussioni come parte *inconscia*). La posizione di Bloch mi pare faccia emergere con forza questa continuità tra le aporie contemporanee e le aporie rivoluzionarie, anche attraverso la sottolineatura della dipendenza dell'evento storico rivoluzionario dal suo *antefatto teorico rappresentato dalla filosofia di Rousseau*. Tocca infatti ad essa giustificare il passaggio da un giusnaturalismo paternalista³⁵, tutto teso a salvaguardare la sovranità di una giustizia calata dall'alto, ad un giusnaturalismo che sposta l'oggetto dei diritti in soggetto di diritti, *inventando il popolo come soggetto di sovranità*³⁶. È questa cifra immediatamente politica (e non indirettamente, in quanto dispositivo giuridico che secolarizza un presupposto religioso, come vedremo subito) che garantisce la discontinuità tra il diritto naturale precedente e il diritto naturale in età rivoluzionaria. Scrive Bloch:

Non c'è mai stato un edificio di governo che si sia sentito spinto a scegliere il Discorso della Montagna come prima pietra o almeno a prendere l'età dell'oro come allegoria. È invece caratteristico del valore di opposizione del diritto naturale dell'età moderna che il pathos della giustizia diminuisca rispetto a quello della libertà e dell'uguaglianza. [...] Dio passa in secondo piano sia come patriarca sia come giudice supremo, l'uomo smette di essere l'oggetto della giustizia e nient'altro. La parola giustizia rimane, però è ormai scomparsa la sua supremazia giusnaturalistica, soprattutto il momento di condiscendenza e di concessione che aderisce innegabilmente al rigore che essa ha avvocato ad essa. L'Illuminismo ha privato il pathos della giustizia del suo metro originario. [...] Rousseau definisce la giustizia unicamente come «*l'amour des hommes dérivé de l'amour de soi*». Ma *l'amour de soi* è l'innocente amore di sé proprio dello stato di natura, a differenza dell'*amour propre*, l'egoismo sorto con la proprietà privata e la divisione in classi. L'amore per gli uomini nato dall'amore di sé e la giustizia con cui coincide non si dividono quindi più tra forti e deboli,

35 L'opposizione tra una fonte paternalistica ed una matriarcale del giusnaturalismo occupa uno spazio consistente all'interno del volume di Bloch. Prova ne è anche l'inusuale tentativo di cogliere persino in Rousseau un residuo del diritto matriarcale (e dunque di sganciarlo dalla prevalenza dell'altra fonte). Tentativo davvero interessante, ma forse non del tutto riuscito (cfr. Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 102-110).

36 Invenzione che, in verità, Bloch colloca su una linea temporale che unisce Althusius a Rousseau. Per una ricognizione del tema cfr. A. Marchili, *Rousseau e il concetto di popolo: il sovrano, la nazione*, in G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo. I: Dall'antico regime alla rivoluzione*, Roma, Viella, pp. 133-160.

tra chi distribuisce e chi riceve: questa specie di giustizia non conosce gerarchia e dunque non è più giustizia³⁷.

Come già sottolineato, si tratta di capire i motivi di questa particolare insistenza blochiana sull'evidenza della dipendenza della *Déclaration* del 26 agosto 1789 dalle idee rousseauiane. In effetti è più immediato comprenderne gli effetti: ciò che è in gioco è una ermeneutica che legga già nelle origini rivoluzionarie il riflusso borghese o, viceversa, una lettura che permetta di sganciare l'evento sorgivo e la discussione sulla *Déclaration* dalle conseguenze tardive.

Questa posta in gioco si mostra con chiarezza nelle pagine in cui Bloch si contrappone alla tesi di Jellinek³⁸, secondo cui il vero punto di riferimento della *Déclaration* sarebbe la riforma e la sua sedimentazione politica nella *Dichiarazione d'indipendenza americana*:

La *Déclaration des droits de l'homme* sarebbe *au fond* opera della Riforma, non della Rivoluzione. [...] Il modello di quei diritti fondamentali, che dopo la Rivoluzione francese sarebbero passati in tutte le costituzioni europee, non sarebbe il *Contrat social* di Rousseau bensì, dietro la *Bill of Rights*, appunto la tolleranza sancita dallo stato. La libertà di religione dello stato avrebbe generato persino l'idea puramente giuridica di stabilire un diritto umano universale mediante la legge ovvero il solenne inserimento della sua dichiarazione entro la costituzione³⁹.

Tradotto secondo tesi attuali, potremmo dire che il tentativo di Jellinek è quello di ricondurre l'affermazione rivoluzionaria dei diritti umani all'interno del contesto religioso e, nello specifico, puritano. Il fondamento dei diritti sarebbe l'idea religiosa di tolleranza (Locke molto più che Rousseau). La precedenza della rivoluzione americana non sarebbe soltanto cronologica ma anche e soprattutto teorico-concettuale. In fondo essa riprodurrebbe un modello fondativo dualista: l'universalità dei diritti umani non sarebbe autode-terminata ma sarebbe una rappresentazione pubblica dell'universalità della tolleranza religiosa. L'universalità della religione fonda la religione dei diritti.

Non che Bloch rigetti interamente questa genealogia; essa anzi ha il pregio

37 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 39-40.

38 «L'idea di garantire i diritti inalienabili, innati e sacri dell'individuo per legge è di origine religiosa piuttosto che politica. Ciò che finora era stato considerato il risultato della Rivoluzione è di fatto frutto della Riforma e delle sue lotte» (G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte*, Leipzig, 1904, p. 76).

39 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 58.

di evidenziare «delle connessioni e degli influssi reciproci»⁴⁰ effettivamente esistenti. Ma il suo difetto è evidente, per il nostro filosofo. Essa attenua il *novum* della rivoluzione, re-inscrivendone anzi la logica all'interno del primato della religione⁴¹. Si tratta ancora di discutere e – per Bloch – prendere una posizione senza alcuna miopia o strabismo rispetto alle stesse fonti moderne dell'universalismo dei diritti. L'idea secondo cui il diritto naturale sarebbe niente altro che un'idea giuridica che sorge dal presupposto della tolleranza religiosa implicherebbe una ipotesi forte, per cui è la secolarizzazione dell'autorità religiosa a dar luogo al fondamento liberale del diritto naturale moderno. Sarebbe quella stessa coscienza riformatrice che, successivamente, finisce col dirigere la Rivoluzione francese verso il suo esito borghese. L'esito interpretativo del fondamento dei diritti naturali finisce per confondersi con l'esito interpretativo delle fonti teoriche della modernità: o Locke o Rousseau.

Perché questa tensione si raddoppia e diventa non soltanto una disputa genetica sulle fonti teoriche ma anche una lotta viva per il riconoscimento dello statuto rivoluzionario del fondamento moderno dei diritti naturali? La mia ipotesi è semplice. Tra Locke e Rousseau – o tra Jellinek e Bloch – ciò che è davvero in questione è l'idea della secolarizzazione come movimento in continuità con ciò che la precede (la spontaneità della dimensione religiosa) o come movimento di rottura con il passato. Si badi bene: qui la questione che interessa è legata all'eteronomia politica e al modo in cui la secolarizzazione traduce quest'autorità nell'universalismo dei diritti. Esso è un semplice dispositivo giuridico che estende e formalizza l'eteronomia spontanea della religione o è un dispositivo che determina uno spostamento del potere – un suo dislocamento non soltanto

40 *Ibidem*.

41 Proprio questa discussione è stata ripresa recentemente da Hans Joas in continuità con le convinzioni di Jellinek e contro il tentativo blochiano. Secondo Joas è infatti insostenibile «la tesi convenzionale» secondo cui «i diritti umani sono il prodotto della Rivoluzione francese. [...] In base a questa prospettiva i Diritti umani non sarebbero frutto di una tradizione religiosa, ma piuttosto di una resistenza contro il potere della Chiesa (Cattolica) o contro l'intera Cristianità» (H. Joas, *Persona e diritti umani*, Trieste, edizioni Meudon, 2011, pp. 17-18). Al contrario, si tratterebbe oggi di recuperare i diritti umani non più all'interno delle tradizioni religiose ma piuttosto come «processi di sacralizzazione» («la parola chiave di quest'alternativa è "sacralità". Propongo di considerare la fede nei Diritti Umani e nella dignità umana universale come il risultato di uno specifico processo di sacralizzazione, processo in cui ciascun essere umano è visto sempre più, con crescente motivazione e sensibilità, come sacro», *Ibid.*, p. 20). Sul tema cfr. anche H. Joas, *Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

simbolico ma anche materiale? Non ricondurre la Rivoluzione alla Riforma vuol dire proprio sostenere che i diritti naturali rivoluzionari rappresentano una novità precisamente perché non si limitano a secolarizzare il contenuto di un'autorità eteronoma senza che essa sia messa in discussione; ma piuttosto rappresentano una vera e propria teoria rivoluzionaria della sovranità. Il rischio è così quello di perdere la radice rivoluzionaria della *Déclaration*: il fatto che l'uomo non è più semplicemente colui cui si assegnano i diritti ma è anche colui che ha il potere di assegnarli *a se stesso*. Quest'uomo che si autodetermina universalmente è il *citoyen* e la sua concrezione sovrana (che assume la sovranità dell'autodeterminazione dei diritti) è il *popolo*. Rousseau rappresenta «la coscienza diversa, di un pensiero non puritano ma anticheggiante, che entrava in scena come *citoyen*»⁴². La lettura del filosofo ginevrino da parte di Bloch è dunque dedicata a questo radicamento rivoluzionario che permette un doppio guadagno.

Innanzitutto permette di sganciare il diritto naturale da ogni accusa di eteronomia (a partire ovviamente dalla subordinazione religiosa o metafisica) senza però disconoscere un residuo etico in azione in ogni dispositivo giuridico autonomo. Si tratta infatti di intercettare la questione del fondamento non come un residuo di eteronomia anti-moderna, ma all'interno di un piano d'immanenza in cui i diritti naturali si pongono come garanzia assoluta del popolo nei confronti del governo⁴³, come una condizione inalienabile che garantisce *un potere sul potere*. Dunque non un giusnaturalismo eteronomo, ma pienamente inserito nella secolarizzazione moderna e nel percorso ambivalente (perché Bloch sposta l'autonomia da una dimensione interiore ad un piano di rivendicazioni e di pratiche sociali) del paradigma moderno dell'autonomia. Poco importa la scarsa consistenza filologica di questa lettura. Certo, è chiaro che in questo passaggio il rapporto tra il diritto naturale e l'invenzione del popolo diventa fin troppo pacifico, quando invece in Rousseau vi è anche una genesi della nozione di popolo assai più legata, per esempio, all'idea di nazione piuttosto che ai diritti naturali. Quel che importa è che attraverso questa traccia d'autonomia – che si riflette nella nozione di «inalienabilità assoluta della persona» – il contratto sociale è reso completamente autonomo da ogni tentazione di contratto di dominazione⁴⁴. È questa l'«azione rivoluzionaria»

42 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 59.

43 Ivi, pp. 56 ss.

44 «La sovranità popolare risponde dunque alla necessità di pensare rapporti socio-politici resi immuni da relazioni di dominio» (Marchili, *Rousseau e il concetto di popolo*, cit., p. 143).

di Rousseau: «il *Contrat social* di Rousseau non possiede più alcun avanzo di una sottomissione originaria. L'inalienabilità assoluta della persona – questo è il *novum* aggiunto da Rousseau al diritto naturale classico. Il problema autentico del diritto ideale per Rousseau era: trovare una forma in cui non si possa in alcun modo abdicare alla libertà individuale»⁴⁵.

In secondo luogo permette di sganciare l'universalismo del diritto naturale nell'età della Rivoluzione dai suoi esiti controfattuali – e dunque di pensare al diritto naturale in età rivoluzionaria come *un'opportunità non ancora compiuta piuttosto che un fallimento della storia*. Bloch ammonisce più volte di non poter rigettare la latenza dell'invenzione del *citoyen* sulla base della (indiscutibile) contraffazione storica per cui del *citoyen* è rimasto il *bourgeois*. Anzi, questa rappresenta una delle sue tesi centrali, come si evince dalla lettura di un passo su cui dovremo inevitabilmente ritornare in sede conclusiva:

La libertà, l'uguaglianza, la fraternità: esse godono anzi di una prevalenza non solo storica ma anche e tuttora normativa in ogni presa della Bastiglia. In un punto successivo si dovrà illustrare quale sia il significato di questo tricolore issato sopra i diritti dell'uomo, che senza la *volonté générale* di Rousseau non avrebbe mai potuto sventolare. *Quando fiorirono queste promesse era l'età più alta del diritto naturale; essa fu un'illusione, perché dal citoyen è nato il borghese, fu un'anticipazione, perché il borghese viene giudicato dal citoyen*. E anche: ogni popolo avrà e conquisterà solo quel tipo e quel livello di rivoluzione sociale a cui lo avranno preparato il raggiungimento e il mantenimento dei diritti dell'uomo (il corsivo è di Bloch)⁴⁶.

Che giudizio complessivo dare di questa ripresa della filosofia di Rousseau da parte di Bloch? Essa ha dei limiti fortissimi, accanto ad un pregio essenziale. I limiti sono dovuti essenzialmente a difetti storiografici, per cui il filosofo ginevrino viene giustamente individuato come il precursore di un'antropologia anti-liberale, ma viene del tutto tralasciata (o forse addirittura *rovesciata*) la minaccia di una «democrazia totalitaria»⁴⁷. Bloch riesce ad evocare con forza la novità moderna del diritto naturale in Rousseau: il fatto che non sia una semplice questione di giustizia ma una vera e propria questione di potere (il riferimento al contrattualismo giusnaturalista che garantisce da «ogni con-

45 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 55.

46 Ivi, p. 59.

47 Sul tema cfr. J. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, Secker & Warburg, 1952.

tratto di dominazione»)⁴⁸. Ora, questo spostamento anticipa, per così dire, la novità del diritto naturale in età rivoluzionaria, permettendone l'utilizzo su un piano immanente al terreno politico del moderno. Ma Bloch, dando per scontata una pacificazione di volontà individuale e volontà generale, finisce per non porsi la questione determinante del *soggetto* del potere e, come sua conseguenza politica, del potere di *tutela* dei diritti.

Accanto a questi limiti, vi è però un pregio da recuperare con forza. L'autonomia che fa capo alla problematica nozione di popolo serve a ricondurre il nucleo fondante dei diritti umani ad un'autodeterminazione che si spoglia di qualunque metafisica e che, a ben vedere, si può definire non solo nella forma di un "potere sul potere", ma anche di una democrazia *contro* se stessa. Bloch, con un'ermeneutica decisamente troppo affrettata ma ricca di suggestioni potenti e d'attualità, legge già in Rousseau non soltanto l'esito contraffatto della Rivoluzione francese, ma anche la sua eredità rilanciata oltre (e contro) se stessa, nella forma di questa identificazione di democrazia e diritti naturali. È grazie a quest'anticipo dei diritti umani sulla forma della democrazia che essi portano in giudizio ciò che li ha accolti e li ha dichiarati; se il popolo può portare in giudizio le sue strutture è proprio in nome di questi diritti dimenticati nell'esito rivoluzionario unico. Il cuore pulsante della Rivoluzione è dunque questo nucleo duro e inattuato – che giace come giudizio del popolo su se stesso e sulle proprie autodeterminazioni concrete. È grazie ai diritti naturali che la Rivoluzione francese diventa il paradigma di ogni rivoluzione sociale e la presa della Bastiglia il simbolo di ogni evento davvero rivoluzionario – nonostante i suoi esiti:

[I] Rousseau, che portò a compimento il diritto naturale classico, non teorizzò soltanto la rivoluzione ma anche il controllo costante delle sue conquiste da parte del popolo: per mezzo, appunto, dell'inalienabilità dei diritti dell'uomo, che è la loro caratteristica principale. E tuttavia, naturalmente, definire la proprietà privata uno dei diritti inalienabili dell'uomo fece sì che questi diritti medesimi poterono venire alienati al capitalismo, una forza alienante molto più radicale del dispotismo e della rappresentanza feudale. [...]

[II] Ma un gran senso di riconoscenza nei confronti delle intenzioni progressive del diritto naturale razionale costringe a dire: senza il suo lavoro non si potrebbe stabilire nemmeno l'assenza della libertà reale e della reale uguaglianza. Tuttavia la ragione marxista ha un debito profondo nei confronti del diritto naturale razionalistico, non solo per la teoria della rivoluzione ma parimenti per la dichiarazione dei diritti dell'uomo. Anche

48 Per un'analisi della questione del potere in Bloch cfr. S. Ganis, *Utopia e stato. Teologia e politica nel pensiero di Ernst Bloch*, Padova, Unipress, 1996.

se questi, dato che vi si annoverò anche la proprietà e che si limitò l'uguaglianza a quella politica, sono stati solo dichiarati. Ad ogni modo furono dichiarati, dal chiuso dello studio si riversavano in campo aperto. Per la prima volta un popolo ha fatto proprio quel che era stato pensato, con l'intenzione di realizzarlo⁴⁹.

[I] La novità di Rousseau sarebbe dunque d'aver offerto in un nesso inestricabile una teoria della rivoluzione e una teoria del controllo sulla rivoluzione. La teoria della rivoluzione permette, come più volte ricordato, di compiere il passaggio per cui i diritti naturali non sono eterodiretti: la scoperta del popolo è la vera novità che permette una logica secolarizzata del potere. Ma è ovviamente il paradosso di questa logica secolarizzata del potere (il paradosso della democrazia) a contenere in sé lo sfruttamento sempre possibile da parte del più forte. Solo un controllo sul potere rende possibile un argine all'alienazione – sia essa l'alienazione del diritto borghese (e della democrazia formale) sia quella (adesso possiamo dirlo) di ogni totalitarismo. Ma questo controllo non può venire dall'alto ma dallo stesso movimento che ha comportato la fine di ogni soggezione.

[II] L'errore sarebbe stato quello di rendere inalienabile (in quanto diritto naturale) la causa originaria di ogni alienazione (la proprietà). In termini attuali: l'errore è stato di trasformare la dialettica binaria democrazia e diritti umani in una dialettica ternaria: democrazia, diritti umani, società di mercato. In questo modo i diritti umani non hanno più esercitato quella funzione di «controllo costante», ma sono stati essi stessi sottoposti al controllo da parte della sfera economica. La proprietà è diventata la garanzia dei diritti, cioè l'alienazione è diventata la condizione di verifica dei diritti inalienabili.

Ciò nonostante, i diritti naturali restano una conquista concreta insuperata per almeno due motivi. Il primo motivo è perché, secondo Bloch, essi rappresentano il vero *humus* che rende ogni utopia sociale possibile solo *all'interno* del contesto borghese e non semplicemente *contro* di esso⁵⁰. Tesi esplosiva, che emerge più volte in queste pagine anche contro *auctoritates* della tradizione di riferimento (Horkheimer e Lukács). In particolare al pri-

49 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 57.

50 In effetti la mia rappresenta un'inevitabile sintesi, per giunta carica di violenza ermeneutica, rispetto alla posizione blochiana, che risulta assai più sfumata. I diritti naturali non possono *identificarsi* come utopia sociale, dal momento che vi sono dei caratteri delle utopie sociali che non si ritrovano nei diritti naturali (cfr. Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., pp. 190-195). Ciò nonostante, come ripetutamente mostrato, si tratta di pensare la *necessaria correlazione* tra diritti naturali e utopie sociali.

mo⁵¹ Bloch rimprovera di «rendere astorica la rivoluzione proletaria», sradicandola dall'*humus* della rivoluzione borghese. Vi sarebbe anzi un

comun denominatore tra la presa della Bastiglia e l'incendio del Reichstag di Hitler. Tra l'intenzione rivolta ai diritti dell'uomo e la forma più vecchia di tirannia; tra l'alba progressiva di una classe e la sua notte che ritratta tutto. Secondo questa concezione pseudo-radical, che non potrebbe venir sostituita nemmeno dal dogmatismo peggiore, il *citoyen* non perisce nel *bourgeois* ma ne è l'embrione⁵².

La distanza teorica di Bloch da Horkheimer diventa quanto mai attuale: si tratta infatti di una presa di posizione circa l'intenzione originaria dei diritti umani. Basterebbe sostituire agli esempi citati (la Bastiglia e l'incendio del Reichstag) alcuni tra i tanti esempi attuali. I diritti umani rappresentano la liberazione e l'umanizzazione degli oppressi o il cuore nero della loro sottomissione? Essi si annunciano sulla scena mondiale come un'alba progressiva e si manifestano come una notte che ritratta tutto. L'oscurità dipende da questa genesi opaca: astuzia della ragione borghese o irriducibile resistenza ad essa? Dal punto di vista positivo non vi sono dubbi: «il reale non è ancora venuto fuori». Ma da un punto di vista utopico questa condanna dei diritti umani come diritti borghesi perde un'opzione che, con Bloch, varrebbe forse la pena di ripensare: quella di non leggere l'esito contraffatto della storia come la fine delle utopie sociali che hanno fatto anche la storia rivoluzionaria. Citando Engels, Bloch scrive:

in tal senso Engels dice, con riferimento puntuale alla Rivoluzione francese, ai diritti dell'uomo e al diritto naturale borghese: "i proletari prendono la borghesia in parola". Nel suo compito senza illusioni la rivoluzione sociale adempie a quel lato *citoyen* promesso dalla rivoluzione borghese pur attraverso tutta la frode e tutte le illusioni⁵³.

Ma c'è ancora di più in questo recupero del diritto naturale e in questo tentativo di riscatto del suo cuore oscuro (oscurato dalla contraffazione, forse). Di fatto il giudizio della storia non è per Bloch solo nel segno della falsificazione ma anche nel segno di un irriducibile guadagno. Contravvenendo ad un oblio ideologico, Bloch ci ricorda un'evidenza cui spesso non ci si rivolge:

51 Cfr. M. Horkheimer, *Egoismus und Freiheitsbewegung. Zur Anthropologie des bürgerlichen Zeitalters*, «Zeitschrift für Sozialforschung», n. 2, 1936; trad. it., *Egoismo e movimento di libertà*, in *Teoria critica. Scritti 1932-1941 (II)*, Torino, Einaudi, 1974.

52 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 159.

53 *Ibidem*.

l'invenzione del *diritto naturale razionalistico* nell'età rivoluzionaria non ha soltanto preparato la strada al suo uso strumentale, alla violenza dei diritti e al loro cuore oscuro, ma ha anche irrevocabilmente segnato un passaggio di umanizzazione (di nuovo: contro se stessi!), dall'organizzazione feudale alla società borghese. La rivoluzione borghese segna un'uscita da uno stato di minorità, nonostante i suoi esiti:

è fuori dubbio che la rivoluzione borghese nella maggioranza dei suoi punti fosse più borghese che rivoluzione, tuttavia non solo è riuscita a fare un gran repulisti in quanto eliminazione dei privilegi di classe, ma ha in se stessa anche quella promessa e quel contenuto concreto utopico di una promessa che può servire da appoggio per la rivoluzione reale⁵⁴.

Si annuncia così il secondo motivo di interesse, meno controverso ma forse più attuale, per cui i diritti naturali rappresentano comunque un «appoggio per la rivoluzione reale». Poco sopra quest'appoggio era stato descritto come «controllo costante» da parte del popolo che si dà un potere (secolarizzato) sul potere. Bloch, sulla “natura” di questo potere di controllo da parte dei diritti umani, dice soltanto che i diritti naturali sono un «contenuto concreto utopico» di una «promessa». Essi non segnalano il positivo della norma, ma l'assenza di un diritto. Proprio per quest'assenza fungono da regola del giudizio. In quanto tali, essi anticipano un contenuto normativo a partire dalla sua mancanza di sostanza, dal suo non esserci. È solo perché non [ci] sono che i diritti naturali possono segnalare persino una trasgressione che precede e dirige la legge. La loro particolare «ontologia del non-ancora» permette che possano chiamare in giudizio la legge-che-c'è. L'assenza del diritto diventa così un'anticipazione, non una debolezza; una regola, non una mancanza. La natura del diritto naturale si mostra infine come promessa.

È sufficiente questa prospettiva regolativa? Ovviamente essa si pone ad un livello del tutto differente da quello della legge positiva, che richiama e alla quale si richiama. Ma un elemento resta decisivo in questa posizione blochiana: il livello a partire dal quale il diritto naturale esercita il «controllo costante» della legge non è (semplicemente) un *altro* livello, per esempio un livello etico o metafisico o di valore. La differenza è di *consistenza* ontologica ma non di *genere* ontologico. L'essere del diritto naturale è infatti legato al gesto moderno della secolarizzazione: non è una presa d'un essere che precede l'autodeterminarsi del popolo come soggetto di potere. Non c'è una natura prima che persiste nelle ontologie sociali e/o politiche. Il diritto naturale, per come

54 Ivi, p. 161.

viene qui delineato, è costitutivo del contratto che segna il congedo dallo stato di natura, non di questo stesso stato di natura. A questa costitutività non corrisponde una positivizzazione, bensì una latenza. Si tratta di riconoscere nei diritti naturali un'ontologia *politica* del non-ancora, il cui contenuto utopico concreto non è trascendente ma appartiene alla scena della storia: esso appare nelle spoglie di una *promessa* e con il nome di *dignità umana*.

4. *Conclusioni: utopie sociali e diritti naturali*

Il percorso di Bloch è così delineato nelle sue tesi essenziali. La *prima* tesi è di ordine storico. Essa consiste nella rilettura dell'origine rivoluzionaria del diritto naturale, per scorgerne non la delusione di un frammento appena iniziale vanificato troppo presto dall'avanzare dell'ordinamento borghese, ma la lucida promessa di un'emancipazione tutta umana, consegnata infine ad una promessa di autodeterminazione che rende naturale ciò che appartiene esclusivamente al popolo⁵⁵. La *seconda* tesi è di ordine teorico: si tratta di ritornare verso questo frammento incompiuto della Rivoluzione francese per coglierne le forze inespresse ma ancora vive. Per far questo dobbiamo cambiare statuto ontologico, riconoscendo nell'evidenza incompiuta dei diritti umani la forza del possibile, non l'impotenza di ciò che è rimasto sterile.

Una prima conclusione potrebbe dunque essere questa: cercare un recupero del diritto naturale schivandone il cuore nero è possibile soltanto se ci si dirige verso un'ontologia *politica della promessa*. La promessa, infatti, permette di riconoscere qualcosa la cui affermazione contiene una forma iniziale di obbligazione. Recuperare il diritto naturale soltanto nei limiti di quest'ontologia politica della promessa vorrebbe dire, probabilmente, uscire dalla dialettica irrisolta di giusnaturalismo e giuspositivismo. In Bloch tale progetto è soltanto un abbozzo, limitato ad un tentativo iniziale di applicare le sue categorie ontologiche al regno del diritto. Verificare la possibilità di

55 «Il socialismo non è poi tanto estraneo a questo ideale inoppugnabilmente giusnaturalistico quando, invece che all'individuo, esso si rivolge alla classe lavoratrice», ivi, p. 186. Bloch propone, senza la necessaria problematizzazione, una continuità tra l'invenzione del popolo da parte di Rousseau e l'irruzione della classe lavoratrice da parte di Marx. D'altra parte la comprensione del principio comunitario è uno dei nodi più controversi del pensiero blochiano (sul tema cfr. C. De Luzenberger, *L'idea di comunità tra diritto naturale e pensiero utopico*, «Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche», n. 1, 2006, pp. 265-277).

estendere il valore di questa ipotesi aldilà dei limiti del pensiero blochiano era l'obiettivo di queste pagine.

Certo, per esercitarsi in questo compito c'è però bisogno ancora di sintetizzare e discutere criticamente alcuni nuclei tematici della proposta del Nostro. Ne segnalo almeno due.

Innanzitutto il recupero della nozione di dignità umana. La dignità umana si manifesta - nel corso delle pagine blochiane - come il contenuto precipuo del diritto naturale⁵⁶. Ma non possiamo incorrere nell'errore di sottolineare questa direzione senza coglierne il nesso con una controdirezione altrettanto determinante: la dignità umana è il contenuto di un diritto naturale sciolto da ogni natura. L'uomo non è degno per natura, poiché la sua dignità non rappresenta una sostanza ma una tendenza. Questa tendenza pone la dignità come «una possibilità oggettivo-reale»: che è quella della fine dell'estraneazione o, più precisamente, dell'«*humanum non estraniato*»⁵⁷.

La posizione di Bloch serve a schivare almeno un'obiezione contemporanea nei confronti dell'uso politico della dignità umana. L'obiezione schivata è che la dignità umana sia in effetti niente altro che un pregiudizio la cui applicazione vanifica le lotte che avvengono a suo nome. Il recupero blochiano della dignità come tendenza demistifica questa supposta astrattezza della dignità come pregiudizio. La dignità non è un dato di fatto ma una possibilità oggettivo-reale la cui attualizzazione non solo si manifesta ma anche *si verbalizza* (cioè si determina, si dichiara, si chiarisce e si modifica) nel corso delle lotte. Se la dignità umana è il *contenuto* del diritto naturale, il *contenuto* della dignità umana non è fissato né predeterminato, se non in questo tendenziale e concretissimo riferimento alla non-estraneazione. Non c'è dunque né un eccesso di naturalismo né un eccesso di formalismo nella proposta blochiana. Il naturalismo è esorcizzato sia dall'insistenza con cui Bloch mette da parte ogni nozione sostanziale di natura sia dalla adesione al processo moderno di secolarizzazione dei termini del diritto (la «giustizia dal basso»). Ma anche il formalismo è qui del tutto evitato, poiché la dignità umana, in quanto tendenza, si comprende sempre e soltanto «nel suo momento *diveniente*»⁵⁸. Non è un principio (epistemologico) a cui si appli-

56 Per un'analitica classificazione della dignità umana come contenuto del diritto naturale cfr. G. Russo, *Ernst Bloch filosofo del diritto, Postfazione*, Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 309.

57 Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, cit., p. 151.

58 Ivi, p. 226.

cano successivamente dei contenuti, ma il divenire stesso del processo umano verso la propria non-estraniazione. Non c'è un'escatologia della dignità, piuttosto una teleologia immanente alla necessità dell'oggettivazione umana. Proprio questa dimensione teleologica giustifica la mutua correzione di felicità e dignità che Bloch più volte evoca⁵⁹. Alla felicità è infatti necessaria «l'ortopedia del diventare eretti»; alla dignità è necessaria l'immissione all'interno di un orizzonte condiviso di felicità, che ne permetta un'oggettivazione non-estranziata. Il campo dell'oggettivazione è, tradizionalmente, la storia. Il diritto naturale definisce la tendenza a fare della storia un campo di lotta tra oggettivazione alienante e oggettivazione non-estranziata. Definisce cioè la posizione di un uomo la cui autodeterminazione tenda alla "uscita dallo stadio di minorità". È questo l'elemento necessariamente rivoluzionario della dignità umana. La tendenza alla dignità definisce così il potere conquistato dal soggetto moderno di governarsi da sé chiamando a giudizio ogni potere esterno. La dignità non è il criterio del giudizio ma il fatto stesso che non sia possibile non sottoporre a giudizio ogni esercizio del potere su di me. Che questa chiamata al giudizio non corrisponda affatto alla messa a giudizio è il cuore nero dei diritti umani – il loro *deficit* applicativo. Ma – ormai è chiaro – questo cuore nero può essere rovesciato in un'evidenza tendenziale per cui i diritti umani hanno liberato una «possibilità oggettivo-reale» che resta inattuata e pregna di latenza, in quanto permette di *chiamare a giudizio ciò che non è ancora messo a giudizio*. Questa chiamata a giudizio si fa rivoluzione dei diritti solo quando riesce a diventare, da semplice tendenza e regola, *posizione* di diritto o norma.

Il valore filosofico della proposta di Bloch consiste proprio in questo, nell'aver coniugato felicemente il senso rivoluzionario del diritto naturale con la sua appartenenza all'orizzonte immanente delle lotte e delle utopie sociali tipiche della tradizione marxista. Questa sua appartenenza non solo non fa conflitto ma, addirittura, diventa una forma di garanzia di validità. È una delle tesi essenziali di Bloch, come emergeva con chiarezza in un passaggio già citato in precedenza: «Ogni popolo avrà e conquisterà solo quel tipo e quel

59 «Davvero è venuto il momento di veder finalmente unite ed eliminate funzionalmente anche le differenze tra le intenzioni dirette alla felicità già presenti nell'utopia sociale e quelle dirette alla dignità umana già presenti nel giusnaturalismo. Con questa piena certezza: la dignità umana è impossibile senza la fine del bisogno, come la felicità conforme all'uomo è impossibile senza la fine della sudditanza, vecchia e nuova che sia. Il retaggio migliore dell'Illuminismo ci viene incontro e si fa valere proprio in questo campo», *ivi*, pp. XIII-XIV.

livello di rivoluzione sociale a cui lo avranno preparato il raggiungimento e il mantenimento dei diritti dell'uomo»⁶⁰.

In secondo luogo vorrei soffermarmi conclusivamente su questa tesi blochiana dei diritti umani come garanzia di validità di ogni utopia sociale. La sua attualità è rilevante: essa delegittima tutta una tendenza contemporanea che consiste piuttosto nell'opposizione tra utopie sociali e diritti naturali. Le utopie sociali consisterebbero così in lotte e pratiche di emancipazione concrete, che partono da una resistenza reale e si occupano di oltrepassarla sia in chiave sociale sia in chiave politica. Elemento determinante delle pratiche di emancipazione è la concretezza di ciò per cui si lotta: non si lotta per degli ideali ma per delle condizioni di oppressione che si manifestano ogni volta in modo differente nella storia. La divaricazione rispetto ai diritti naturali è così evidente: il loro difetto più grande è l'astrazione, cioè la determinazione al di fuori della vita concreta delle comunità. In Bloch invece questa divaricazione non solo è messa da parte, ma si propone addirittura una dipendenza delle utopie sociali dai diritti naturali. Certo, è ovvio che i diritti naturali appaiono ormai trasformati, appartenendo all'ontologia politica della promessa e non ad una metafisica astratta e neutralizzante. Ma la posizione di Bloch resta comunque spiazzante rispetto alla sensibilità dei nostri tempi, per cui i diritti naturali rappresentano tuttalpiù la giustificazione ideologica di pratiche di oppressione e discriminazione, non certo la prova di verifica delle utopie sociali. Nondimeno, a questo spiazzamento possono corrispondere alcune considerazioni utili alla discussione pubblica.

Per Bloch i diritti umani non rappresentano una semplice garanzia interna alle lotte sociali. Non basta cioè che le utopie sociali non vadano contro la dignità umana. Assai più radicalmente, i diritti umani appartengono al loro disegno utopico complessivo: la lotta alla non estraneazione si compie necessariamente portando a compimento quel che per ora si delinea semplicemente come possibilità oggettivo-reale. Ma come si definisce il contesto in cui questa possibilità fiorisce? Bloch sembra su questo essere davvero inattuale: una società che compie l'utopia dei diritti umani è una società democratica. La democrazia è il compimento dei diritti umani e di ogni utopia sociale⁶¹. Certo, questa identificazione si spiega innanzitutto con la messa a fuoco dello stesso movimento iniziale: sia l'una sia gli altri sono segni della medesima

60 Ivi, p. 59.

61 Bloch ricorda la celebre frase di Rosa Luxemburg: «non c'è socialismo senza democrazia, non c'è democrazia senza socialismo».

secolarizzazione, di un soggetto umano che si autodetermina. Ma forse l'eredità più grande sta nei limiti: se il nesso tra diritti umani e democrazia è così stringente, forse il cuore nero può essere dislocato: esso non attiene tanto all'utopia dei diritti umani quanto al fallimento storico delle forme democratiche così come le conosciamo. Si tratta, in altri termini, o di utilizzare questo nesso inestricabile per congedarsi inesorabilmente sia dai modelli democratici occidentali sia dai diritti umani o, forse, di far valere la latenza utopica dei diritti umani contro quei modelli, per ripensare così forme differenti della democrazia.

Infine, l'indicazione più estesa e più salutare che proviene dal progetto blochiano sta proprio nella centralità del momento *critico* proprio del diritto naturale rivoluzionario. C'è una fascinazione particolare nel tentativo blochiano di legare la maestà del diritto naturale all'evento fallimentare della Rivoluzione francese. Come se nascosto nelle pieghe di tale fallimento vi fosse lo splendore finalmente rivendicato dell'uscita dallo stato di minorità. E mai come in questo testo Bloch rivendica esplicitamente questa continuità tra il motto kantiano e le utopie sociali in cui egli crede. Nell'evidenza dei diritti naturali la Rivoluzione ha salvato se stessa dal proprio fallimento, offrendo la possibilità concreta di uscire dallo stato di minorità.

Per una strana assonanza filosofica, Bloch non è poi così lontano dall'interpretazione del detto kantiano di Foucault - autore assai distante e, oltre tutto, uno dei critici più convincenti della genealogia dei diritti umani. In uno dei suoi ultimi corsi, infatti, egli interroga il testo kantiano per cercare di indicare le condizioni elementari attraverso cui si esce dallo stato di minorità. Il primo elemento che Foucault individua è la necessità di riconoscere che quest'uscita avviene al di là degli esiti rivoluzionari:

Non è nei grandi avvenimenti che dobbiamo cercare questo segno del progresso. [...] Dobbiamo cercarlo in avvenimenti che sono quasi impercettibili. Il che vuol dire che non possiamo fare questa analisi del nostro presente, visto nei suoi valori significativi, senza dedicarci a una ermeneutica o a una decifrazione che ci consentiranno di assegnare, a ciò che in apparenza è privo di significato e di valore, il significato e il valore importante che cerchiamo. Ora, cos'è questo avvenimento che non è quindi un grande avvenimento? Ebbene, è la Rivoluzione⁶².

Già Kant dunque avrebbe notato questa latenza rivoluzionaria che travali-

62 M. Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres*, Paris, Seuil/Gallimard, 2008; trad. it. *Il governo di sé e degli altri*, Milano, Feltrinelli, 2009, p. 27.

ca l'esito rivoluzionario: un segno del progresso nascosto dalle contraffazioni della storia. Eppure questo nascondimento è ciò che permette di ritornare indietro facendo «un'ontologia del presente, un'ontologia della modernità, un'ontologia di noi stessi»⁶³. Una controstoria narrata a partire da frammenti micrologici, per tessere un altro presente per noi stessi.

Ma in che modo avviene quest'uscita dallo stato di minorità? Anche su questo la posizione di Foucault attualizza, se possibile, alcuni elementi presenti in Bloch. Si può uscire dallo stato di minorità solo attraverso un processo di autonomizzazione, per cui non possiamo che uscire da noi stessi. Si tratta, in altri termini, di riconoscere a questo processo il carattere di una costante vigilanza sul potere e sulle sue pratiche di soggezione, di riconoscere a ciascuno un potere sul potere. Mentre siamo abituati a ricollocare i diritti naturali al centro di queste pratiche di soggezione, si tratterebbe qui di pensarli come direttamente implicati nella capacità di ciascuno di darsi un governo di sé, di autodeterminarsi chiamando in giudizio il potere. Questo governo di sé è legato così all'esercizio costante della critica al potere su di me: «uscire dallo stadio di minorità ed esercitare l'attività critica sono, io credo, due operazioni collegate»⁶⁴. È questo il senso profondo che anche Bloch individua nel diritto naturale rivoluzionario come evento di uscita dallo stato di minorità. Esso, nel suo fallimento, rappresenta innanzitutto una *critica* agli esiti della rivoluzione e dunque, più chiaramente, al progetto che da lì si è costruito fino ad arrivare all'ontologia della modernità che ha finito per assoggettarci ad un'ontologia del noi stessi. Il suo cuore oscuro, visto con gli occhi di chi coglie il senso impercettibile di ciò che è accaduto, custodisce forse il suo potere più luminoso: la possibilità di ergersi contro l'oppressione del potere. *Il diritto naturale come critica al potere*. Questa verità così scabrosa per i nostri tempi Bloch ci invita a ripensare.

63 Ivi, p. 30.

64 Ivi, p. 39.

DIRITTI INSAZIABILI E GIURISPRUDENZA NEL SISTEMA PENALE

Ombretta Di Giovine

1. Premessa

Il tema dei diritti fondamentali ha cominciato a penetrare nel dibattito penalistico di recente¹ e comunque con ritardo rispetto a quanto accaduto in altri campi del sapere giuridico. Le ragioni sono intuibili.

Quanto ai soggetti, i moderni sistemi penali possiedono una dimensione spiccatamente nazionale, che si è tradotta in modo naturale nella vocazione a tutelare gli interessi dello *Stato* e dei suoi *cittadini*, prima ancora che dell'*individuo* (vuol dirsi che ciò è accaduto al di là delle specifiche prese di posizioni ideologiche, come quella effettuata dal nostro codice Rocco, che *scelse* di riservare all'individuo una tutela soltanto indiretta e mediata).

Quanto all'oggetto e per lo stesso motivo, essendosi il diritto penale storicamente sviluppato al precipuo scopo di demandare allo Stato, istituzionalizzandola, la reazione contro aggressioni gravi a quest'ultimo, alla comunità oppure al singolo, la riflessione penalistica ha incluso – come il “più” comprende il “meno” – la tutela dei diritti fondamentali all'interno del capitolo sul “bene giuridico”, dando questi ultimi quasi per scontati e non facendone dunque oggetto di studi sistematici.

La specificità della materia – fatta prevalentemente di *divieti* e dunque tarata attorno alla garanzia di libertà negative – e la cornice illuministica al cui interno si muove ancor oggi gran parte delle teorizzazioni penalistiche, incentrate sul primato della legalità e quindi del Parlamento, hanno poi ostacolato

1 ... con eccezioni, anche importanti. Vd. ad esempio M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986; trad. it., *Dal codice ai diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1992. Il tema è spesso affrontato, *funtitus* oppure *incidenter*, in alcuni contributi che avremo modo di citare, raccolti nel tomo IV degli *Scritti in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011. Da ultimo vd. inoltre L.A. Zapatero, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, in C.E. Paliero, F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 1 ss.

la penetrazione del discorso, fondamentalmente *progressista*, sui “nuovi” diritti fondamentali, di matrice giurisprudenziale.

D’altro canto, posto che il diritto penale aspira ad assoggettarsi ad alcuni principi formanti, per un verso, e a delimitare i contenuti del suo intervento, per altro verso, quale occasione migliore se non quella di ricorrere per entrambi gli scopi ai diritti fondamentali? Si insinua cioè la tentazione di appellarsi agli altisonanti diritti fondamentali per cercare di consolidare un consenso sociale spesso evanescente su scelte da compiere o per restituire lustro a valutazioni di politica criminale già tradottesi in legge.

Fortunatamente, tale tentazione è *ab origine* scongiurata già dal titolo del seminario da cui prendono spunto queste riflessioni², che contiene un chiaro richiamo a non eccedere in semplificazioni. Gli organizzatori di questa interessante iniziativa (Carlo Sotis per la parte penalistica, Massimo Meccarelli per quella storica e Paolo Palchetti per l’internazionalistica) ammoniscono infatti che la strada si rivelerebbe un vicolo cieco.

Ma i *lati oscuri dei diritti fondamentali* sono a rigore plurimi (e moltissime le criticità emerse nel corso del Seminario), il che impone una scelta di campo. Ci concentreremo dunque su alcune caratteristiche che si manifestano con sempre maggiore evidenza nelle discussioni attorno ai diritti fondamentali, non senza avvertire, a nostra scusa anticipata, che il diritto penale, per le ragioni suindicate, non si può avvalere di teorizzazioni anche soltanto paragonabili a quelle che si rinvengono, ad esempio, all’interno del diritto costituzionale, di quello internazionale, della filosofia e della storia del diritto. Tale lacuna costringerà ad un più analitico inquadramento delle premesse extra-penalistiche del discorso.

Gli aspetti che ci hanno più colpito nei diritti fondamentali sono – come si dice con formula abusata – il loro essere a *geometria variabile* (plasmano la ricostruzione dei principi informatori del sistema in modo mutevole nel tempo) ed il fatto che, a differenza di quelli – ben più *contenuti* e *continenti* del nostro passato liberale – si stiano rivelando *insaziabili*³.

Pensiamo allora che l’atteggiamento *prudenziale* (quando non *scettico*,

2 Esso ricalca quello di alcuni celebri interventi sul tema. Vd. O. O’Neill, *The Dark Side of Human Rights*, «International Affairs», 81, 2005, pp. 427-439.

3 La definizione, celebre, è di Sebok, ma è frequentemente usata in Italia (ed è stata resa nota anche ai non *addetti ai lavori*) da A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2008, pp. 179 ss.; Ead., *Diritti insaziabili*, in A. Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010, pp. 83 ss.

nel senso che sarà di seguito precisato), che trova ampia conferma in molte impostazioni generali, non possa lasciare indifferente il discorso penalistico. Interpreteremo quindi il nostro compito in senso *riduttivo*, vale a dire, limitandoci ad esemplificare i profili di maggiore criticità che la teorizzazione dei diritti fondamentali produce quando si incontra con il diritto penale, per poi trarre alcune stringatissime conclusioni. E, nel procedere, come già emerso in controluce da questa premessa, articoleremo il discorso in due parti, concernenti:

– i diritti fondamentali a tutela dell'individuo-*reo*, e cioè i diritti che il diritto penale deve *rispettare*;

– i diritti fondamentali a tutela dell'individuo-*persona offesa*, e cioè i diritti che il diritto penale deve *tutelare*. Tale secondo punto si sviluppa poi, come ovvio, seguendo una duplice direttrice. Da un lato, i diritti fondamentali informano l'analisi delle fattispecie ed in genere l'interpretazione dello *ius conditum*; dall'altro, è plausibile che, in una prospettiva *de iure condendo*, diano nuova linfa al dibattito penalistico sul bene giuridico.

Anticipiamo altresì che, in quest'ultima prospettiva, le differenze rispetto al passato sarebbero tuttavia notevoli e che dalla discussione rischia di uscire trasfigurata la funzione essenziale che i moderni sistemi penali hanno assegnato (o intendevano attribuire) al bene giuridico, vale a dire quella critico-selettiva delle scelte legislative. La riflessione sui diritti fondamentali immediatamente conduce, più che ad una riduzione, all'ampliamento dello spazio operativo del diritto penale. E ciò secondo moduli e con effetti nemmeno predeterminabili in astratto, come invece siamo abituati (quantomeno) a pensare.

Da un lato, *strutturale*, se è infatti forse ancora possibile negare che si dia-no obblighi costituzionali di tutela interni⁴, da tempo si evidenzia come non altrettanto accada con riferimento alle Carte fondamentali europee che ora – per di più – si sono viste riconoscere rango costituzionale, sebbene *indiretto*⁵.

4 Ineludibile il richiamo allo storico saggio di D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1983, pp. 484 ss.

5 Il tema degli obblighi di tutela penale non è certo nuovo con riferimento al “compulsivo”, ma anche più “tecnico”, sistema dell'Unione Europea. Da tempo ne riconosce l'esistenza, ad esempio, S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1996, in part., pp. 289 ss. Sull'argomento fondamentale C. Sotis, *Il diritto senza codice*, Milano, Giuffrè, 2007 e, più di recente, C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, Roma, ETS, 2009; G.D. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2011. Per un ampio

Dall'altro lato, *pratico-fattuale*, constateremo che la dimensione inevitabilmente giudiziaria (nazionale e sovranazionale) dei *nuovi* diritti fondamentali altro non fa che stimolare l'*appetito* del diritto penale. E' su questo profilo che insisteremo nel corso del lavoro.

2. I diritti fondamentali che il diritto penale deve rispettare (i diritti del reo)

2.1. La riserva di legge

Già i principi di garanzia a *favore del reo* – che forse sono, tra i diritti fondamentali, quelli dotati di un assetto più stabilizzato nel tempo perché tramandatici dall'epoca illuministica – si confrontano con l'elementare verità che l'espansione di un diritto oppure di un suo aspetto comporta sempre la compressione di un altro.

Si pensi alla legalità che, secondo la tradizione penalistica ancora dominante, rappresenta un limite formale invalicabile all'intervento del diritto penale. Il suo corollario più importante (il primo ad averla conformata sul piano della ricostruzione storica) è tradizionalmente individuato nella riserva di legge, il cui fondamento, come a tutti noto, affonda: (a) nel principio democratico; (b) in una superiore garanzia di eguaglianza che, in nome della uguale dignità degli uomini, impone di predisporre un trattamento eguale per tutti; (c) nella possibilità del controllo ad opera di una istanza giurisdizionale superiore ed autorevole, quale la Corte costituzionale⁶.

e ragionato quadro delle innovazioni indotte, anche sul piano dei principi, dal Trattato di Lisbona, vd. inoltre R. Sicurella, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione Europea in materia penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, tomo IV, pp. 2569 ss. Vd. ora anche C. Sotis, *Le competenze penali dell'Unione previste sul Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme* e A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, entrambi in Paliero, Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale* cit., pp. 33 ss. e 59 ss.

La novità sta nella recente estensione della problematica all'ambito CEDU. Anche qui il sovvertimento della prospettiva tradizionale non è però tardato ad emergere ed è stato lucidamente colto, ad esempio, da F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV. *Scritti in onore di Mario Romano* cit., pp. 2645 ss., il quale ha specificamente teorizzato l'esistenza di obblighi di intervento penale a tutela dei diritti fondamentali con riferimento, tuttavia, a situazioni *conclamate*.

6 Fondamentale C.F. Palazzo, *Legge penale* (voce), «Digesto dicipline penali», VII,

Stanno tuttavia emergendo sempre più valide ragioni per ritenere che il limite della riserva di legge (non quello della legalità) sia stato valicato. E non alludiamo alle distorsioni della prassi – oramai ampiamente e da più parti denunciate – né all’indiscusso spostamento in sede europea della sede in cui sono operate le scelte di politica criminale⁷.

Il postulato (a) secondo cui il miglior concetto di *democrazia* coincide con quella rappresentativa, assicurata nel nostro sistema soltanto dall’organo parlamentare e dunque veicolata dalla (sola) legge comincia, come noto, ad essere messo in discussione anche in ambito penalistico, poiché:

- banalmente, sarebbe da verificare quali sistemi elettorali concretino al meglio l’anelito alla rappresentatività;
- è dubbio che la democrazia rappresentativa garantisca realmente quella

Torino, Utet, 1993, pp. 338 ss., autore tra quelli che hanno peraltro nel tempo non poco contribuito a problematizzare l’approccio *classico*, parzialmente superandolo. Vd, tra gli altri scritti, C.F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, 2007, pp. 1280 ss. e, in tema, C.F. Palazzo, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie e trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, pp. 583 ss. Una recente rilettura del principio di legalità è ora anche in M. Vogliotti, *Legalità*, «Enc. dir.», Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371 ss.

Nel corso del seminario da cui origina il presente scritto, i primi due ordini di argomenti sono stati difesi con la consueta profondità e ricchezza di argomenti da D. Pulitanò, il quale ha tra le altre cose richiamato le considerazioni di F. Schauer, *Le regole del gioco*, Bologna, Il Mulino, 1991, a favore del *modello del trinceramento*.

7 Di seguito e nei prossimi sotto-paragrafi sintetizzerò considerazioni più diffusamente svolte in O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, tomo IV, pp. 2197 ss. (alle quali dunque si rinvia per eventuali approfondimenti) e in parte coincidenti con alcune riflessioni di V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale italiano*, ivi, pp. 2413 ss. Sulla nascita di un nuovo concetto di legalità, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011; V. Manes, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011; Id., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012; A. Esposito, *Legalità come prevedibilità: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2009, pp. 107 ss. In tema, ancora essenziale A. Bernardi, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 249 ss.

razionalità argomentativa in ambito legislativo che la posizione penalistica tradizionale ha sempre difeso⁸;

– addirittura e in ipotesi, non è detto che la democrazia rappresentativa incarni il modello preferibile di democrazia tra i plurimi ipotizzabili.

Soprattutto, interessa notare come il costituzionalismo moderno abbia subito spinte ulteriori nel diritto penale per effetto del confronto, oggi obbligato, con la CEDU e con le altre carte sovranazionali, le quali non riservano alcun riconoscimento alla riserva di legge (né potrebbero, considerato che ambiscono ad interfacciarsi con ordinamenti di *civil* come di *common law*).

Limitando il discorso al sistema CEDU (ma analoghe considerazioni valgono nell'ottica dell'Unione Europea, in virtù della Carta dei diritti fondamentali, che richiama la CEDU⁹), sappiamo infatti che per *diritto* si intende non soltanto la legge formale, bensì anche la giurisprudenza, il cui carattere di fonte dovrebbe essere pertanto fuori discussione. E non è detto che eventuali resistenze interne, legate alla nostra tradizione culturale, riescano a arginare ancora a lungo la presa di coscienza di tale dato. Basti ricordare che le *sentenze gemelle* n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale hanno riconosciuto rango costituzionale (*ex art. 117 Cost.*), sebbene indiretto, alla CEDU (fin qui tutto *normale*)¹⁰ e (questo il punto) al suo intero sistema: dunque, anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, della quale dovrebbe tenersi conto per il futuro¹¹. In base a tale giurisprudenza, ora di rilievo

8 Dubbi di tal fatta sono espressi da G. Fiandaca, *ex multis* in *Legalità penale e democrazia*, «Quaderni fiorentini», 36, 2007, p. 1252.

9 Il Trattato di Lisbona, all'art. 6, stabilisce che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2007, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» ed aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Precisa inoltre che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (comma 3).

10 «Il nuovo testo dell'art. 117 Cost. rende inconfutabile la maggior forza di resistenza della CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive, dall'altra parte le attrae nell'orbita di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale». Ineludibile un richiamo anche alla celebre sentenza c.d. Dorigo (C. Cost. n. 113 del 9 febbraio 2011), sulla «revisione europea».

11 Alla dottrina più attenta non sfuggono le problematicità di tale situazione. «La

– si ripete – costituzionale, il *diritto* costituisce il risultato della legge e di se medesima, cioè della stessa giurisprudenza. Dunque, *anche per il nostro sistema*, la giurisprudenza penale andrebbe considerata fonte del diritto, al pari della legge¹².

Il recepimento del diritto giurisprudenziale quale fonte anche nel nostro sistema penale rischia di scardinare una lunghissima tradizione giuridica fondata, *per ragioni* appunto di *garanzia*, sulla stretta legalità e sulla *voluntas* parlamentare: strappato il velo dell'illusione, si è altresì denudato il carattere inevitabilmente (piaccia o non piaccia: a noi piace) creativo della giurisprudenza, costringendo a prendere atto del contributo che questa dà alla formazione del diritto, anche penale (sul punto, *infra*).

La constatazione del mutamento stimola poi qualche nota sul *principio di eguaglianza* (b).

Non è affatto detto che il carattere casistico della giurisprudenza CEDU e della giurisprudenza in generale conduca necessariamente a negare le ragioni dell'eguaglianza. Anzi, specificando la valenza del dettato normativo in situazioni particolari, si prospettano valide ragioni per ritenere che, in astratto, *se ben argomentata*, la giurisprudenza riesca a fare ciò che la legge non può *a causa delle sue intrinseche caratteristiche*: articolare *tipologie (e sotto-tipologie) generali di casi*, suscettibili di riconoscere le differenze e di dar quindi voce alle varie *anime* della legge, ponendo rimedio all'inevitabile ed atrofizzante vaghezza del dettato legislativo, o comunque contenendola. E' cioè verosimile pensare che la natura *case by case* del giudizio sia in grado di agevolare il passaggio dall'eguaglianza formale a quella sostanziale¹³.

Corte europea è un giudice del caso concreto ed è molto attenta al contesto della vicenda specifica e dell'ordinamento in cui tale vicenda si svolge. Pertanto, è solo con molta cautela che si possono trarre principi vincolanti anche per l'ordinamento italiano dalle sentenze pronunciate nei confronti di altri Stati». M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, «Quaderni costituzionali», 2009, p. 543.

12 Nel mentre della pubblicazione del presente testo una battuta di arresto è stata tuttavia segnata da Corte Cost. n. 230 del 2012. Per una più diffusa esposizione del nostro punto di vista, O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in «Dir. pen. cont.», 2013, n. 1, pp. 159 ss.

13 Non ci nascondiamo peraltro che «oggi il problema centrale della scienza giuridica è quello della tipicizzazione dei giudizi di ragionevolezza, cioè quello di conferire a tali giudizi una portata che va al di là del caso concreto, permettendo la prevedibilità delle decisioni». F. Viola, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, «Ragion pratica», 2010, p. 194.

Né può ritenersi aprioristicamente superiore il modello del *trinceramento* ad opera della regola. Come un suo stesso convinto sostenitore riconosce, la «trama aperta» (secondo la celebre espressione di Hart) del tessuto normativo meglio si concilia con quello *conversazionale*¹⁴: un paradigma fluido, plastico, che consente continui aggiustamenti e correzioni.

Soprattutto, fanno capolino posizioni che prendono dichiaratamente le distanze dalle matrici culturali classiche, di stampo cartesiano, cui la razionalità argomentativa del discorso giuridico si è tradizionalmente ispirata. Per esempio, è stata di recente proposta, con toni brillanti sebbene forse enfatici, una rivalutazione del *fatto* sul *diritto*: in grado di contrastare – si dice – il normale processo di deresponsabilizzazione che il trinceramento della regola indurrebbe quasi per assuefazione nel giudicante, risvegliando le *ansie*, e cioè le emozioni alla base di (e che garantirebbero) un *buon* giudizio¹⁵. Approcci, questi, per i quali non intendiamo dissimulare le nostre simpatie¹⁶.

Com'è chiaro, le considerazioni dianzi svolte hanno tuttavia a che fare con il *dover essere*. Sarebbe pericoloso sottovalutare i limiti del sistema attuale, che sono limiti culturali. Anche per chi (come noi) giudica i cambiamenti in atto in termini astrattamente positivi, resta l'enorme punto interrogativo legato al sospetto che la magistratura italiana – forse anche perché ha potuto così lungamente invocare l'alibi di (limitarsi ad) applicare la legge (senza partecipare a definire gli indirizzi della politica criminale) – non mostri la necessaria sensibilità verso quel livello minimo di sedimentazione giurisprudenziale che è necessario al buon funzionamento del sistema (si sarebbe anzi tentati di insinuare che la finzione insita nella versione sillogistica dell'interpretazione, alla fine dei conti, si sia rivelata deresponsabilizzante e dunque nociva).

Questo esito avrebbe potuto – forse *dovuto* – essere previsto in tempo, attingendo ad elementari acquisizioni filosofiche, ricorrendo all'analisi comparata con i sistemi stranieri, guardando alle conquiste di settori giuridici diversi da quello penale e, non ultimo, prendendo in esame i numerosi studi politologici che da tempo denunciano il declino del ruolo

14 Sempre Schauer, *Le regole* cit., rispettivamente pp. 70, 77 ss.

15 Z. Bańkoski, *Il giudice e la vita etica del diritto*, in *Ragion pratica*, n. 34, 2010, pp. 73 – 89, il quale tra l'altro osserva: «il giudice, agendo conformemente al diritto, è esso stesso sussunto nel diritto universale e diviene invisibile. Così quando il giudice emette una sentenza di condanna capitale [...] non è lui che perora l'uccisione, bensì la legge» (p. 78).

16 Per una rivalutazione delle emozioni in ambito giuridico, seppur in un quadro teorico diverso, sia consentito rinviare a O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Rapporti tra diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, Giappichelli, 2009.

dei Parlamenti nazionali. Sarebbe rientrato tra i compiti della dottrina sottoporre a vaglio critico le possibili linee dello sviluppo e proporre soluzioni. Invece, come in un *film già visto*, essa sta lasciando carta bianca alla giurisprudenza, con risultati che – è facile prevedere – verranno poi puntualmente criticati.

L'ultima considerazione interseca infine il profilo della suscettibilità di controllo delle fonti legislative ad opera della Corte costituzionale (c).

Anche con riferimento a tale aspetto sarebbe arduo sostenere, sul piano astratto, che le ragioni di garanzia implicite in questa tradizionale motivazione *pro lege* escano diminuite (e non, piuttosto, rafforzate) per effetto del consolidamento di un meccanismo di *check and balance* ispirato al pluralismo (ed alla moltiplicazione) delle istanze giudiziarie: di un sistema, cioè, che, sebbene ancora nell'ottica della complementarietà e/o sussidiarietà, vede sempre più prepotentemente affiancarsi alle Consulte nazionali, la Corte di Giustizia dell'UE e la Corte EDU¹⁷.

Di più, ben sappiamo come quest'ultima abbia sempre interpretato il suo ruolo di custode dei diritti individuali seguendo la stella polare dell'*effettività* della tutela, tenendo cioè molto da conto il momento dell'applicazione giurisprudenziale dei diritti.

Ciò, si badi, tuttavia non ispira visioni edulcorate ed idilliache del nostro futuro penalistico. Tutt'altro. Avremo subito modo di accennare alle complicazioni indotte da un sistema di giustizia multilivello e puntiforme, *croce e delizia* dell'inarrestabile processo di *democratizzazione costituzionale* del diritto penale e del connesso spostamento del fulcro delle garanzie dall'asse legislativo a quello giurisdizionale.

2.2. Il divieto di retroattività

Quel che il diritto penale *perde* (ripetiamo: secondo il tradizionale sentire penalistico) sul piano della riserva di legge, sembrerebbe guadagnarlo su quello dell'irretroattività: oggi nel sistema nazionale prevista in rapporto alla sola fonte normativa legislativa, ma da estendere per forza di cose anche ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*.

17 Nell'ottica dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea, mostra un deciso apprezzamento per il modello della democrazia costituzionale G. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale* cit. Nella prospettiva del costituzionalista e con riferimento alle Corti europea dei diritti dell'uomo, vd. D. Tega, *I diritti in crisi. Tre corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012.

Si tratta soltanto di un esempio, che però mira a far luce sulla mutevole fisionomia dei principi fondamentali. Ed è per di più un esempio suggerito, *analogicamente*, da una (pur importante) pronuncia del giudice di legittimità¹⁸, che concerneva (però) un *caso semplice*.

Il caso era *semplice* perché nella vicenda giuridica concreta:

- 1) il mutamento giurisprudenziale era *in bonam partem*;
- 2) il precedente orientamento poteva realmente dirsi tale, in quanto espresso anch'esso a livello di SS.UU.

Dall'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la pronuncia ha fatto discendere la conseguenza secondo cui il «mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite» della stessa Corte di Cassazione «carattere di stabilità [...] integra il “diritto vivente”» e comporta dunque una novazione legislativa¹⁹.

Per contro, non v'è dubbio che le implicazioni del nuovo diritto penale saranno molteplici, tutte debitorie del diverso assetto del diritto convenzionale (se non dei diversi assetti di diritto convenzionale).

Con sorpresa e – direi – *sotto il naso* del giurista continentale, concentrato sul problema della successioni di *leggi* (in un breve lasso si sono avvicendate numerose monografie sull'argomento²⁰), è deflagrato un più generale problema di successione, questa volta, di *norme giuridiche*: concetto più ampio e

18 Cass. SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, «Cass. Pen.», 2011, pp. 17 ss., con nota di R. Russo, *Il ruolo della Law in action e la lezione della corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto* (pp. 26 ss.); nonché «Foro italiano», 2010, pt. 2, cc. pp. 566 ss., con nota redazionale sempre di R. Russo.

19 Le SS.UU. hanno ritenuto fosse possibile superare la preclusione processuale dell'art. 666 c.p.p., comma 2, ritenendo che nel concetto di “nuovo elemento” che consente la revisione del processo, rientri anche l'indulto, in precedenza escluso dalla giurisprudenza nel caso di condanne straniere riconosciute in Italia e che invece un'altra pronuncia dello stesso organo, resa sempre nella sua più alta composizione, ha – innovando, appunto – ritenuto applicabile anche in tale ipotesi.

20 Si pensi ai pure importanti contributi di L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004; D. Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, Giappichelli, 2006; R. Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bononia University Press, 2007; M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008; G. Gatta, *Abolition criminis e successione di “norme integratrici”: teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 122 ss.; C. Pecorella, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, CUEM, 2008.

che per un noto orientamento (al cui consolidamento non ha purtroppo concorso la parte penalistica²¹) vede la norma come la risultante dei due formanti, legislativo e giurisprudenziale.

Se è così, potrebbe ritenersi che il mutamento di una giurisprudenza consolidata sia suscettibile di produrre il medesimo effetto di disorientamento di una novazione legislativa e che dunque, al pari di questa, possa ridondare soltanto a favore e mai a carico del reo.

La conquista sarebbe importante, poiché implica un considerevole ampliamento dell'area della garanzia o della libertà (secondo altra teorica) del reo e marcerebbe dunque nella direzione trionfale del *maximum standard* delle garanzie, assecondando quindi, sulla carta, la sensibilità penalistica italiana. *Nulla quaestio*, in altri termini, finché – pur con tutte le difficoltà del caso – le garanzie del reo vengano ampliate.

Sarebbe tuttavia ipocrita nascondere che tale rafforzamento garanzie comporterebbe una ricaduta in termini di difficile gestione, anch'essa incidente sulle garanzie, dal momento che non soltanto impone di predisporre gli strumenti tecnici, anche a carattere istituzionale, per far fronte alla nuova *emergenza*, ma – soprattutto – presuppone che possano individuarsi *orientamenti giurisprudenziali*, una *law in action* dotata di un minimo di stabilità: ciò che, come si è detto, nel sistema italiano – per ragioni forse più culturali che strettamente giuridiche – non accade²².

21 Vd. peraltro ora M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, testo della relazione svolta all'Università di Milano Bicocca, al Convegno "La fabbrica delle interpretazioni" (19-20 novembre 2009) e destinato alla pubblicazione nei relativi Atti.

22 Premesso che, come noto, a partire dal 2006 è stato introdotto in materia civile un meccanismo di vincolatività (non assoluta) dei precedenti espressi dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, il tema è presente da tempo anche ad una lungimirante dottrina penalistica. Vd. in particolare E. Grande, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, 1997, pp. 138 ss.; A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, rist. 2007, in part. pp. 262 ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, 2000, pp. 239 ss., il quale in particolare ha trattato dei rapporti tra irretroattività e tassatività del diritto penale anche con riferimento all'art. 7 CEDU (in part., 255 s.). Cenni altresì in M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 153 ss. Nelle more della pubblicazione di questo testo il tema ha costituito oggetto di notevole approfondimento in dottrina. Non potendosi dare atto dei numerosi interventi, ci limitiamo a citare le opere a carattere monografico di V. Valentini, *Diritto*

Qualunque sia il bilancio finale della comparazione tra vantaggi e svantaggi (impossibile a tirarsi), certo è che anche il diritto che ritenevamo forse il più stabile nel suo assetto – quello a poter confidare nella previa definizione dei confini dell’illecito penale ad opera di una legge parlamentare e a non vedersi applicata retroattivamente un’incriminazione – vede il proprio contenuto modificato. Si dissolve la tentazione di identificare il contenuto essenziale delle garanzie con un determinato e, per quanto radicato, pur sempre contingente, contesto storico-culturale.

2.3. *La tassatività*

Non sfugge a questa sorte la tassatività, che sta pure *cambiando pelle*.

Per un verso, la giurisprudenza della Corte EDU ha chiaramente mostrato l’inanità degli sforzi, di natura analitica, volti a scomporla nei due addendi (formale e sostanziale) della *precisione* e della *determinatezza*, spiegando come quel che conta sia, più semplicemente, (l’*accessibilità* del diritto e) la *prevedibilità dell’esito giudiziario*²³: formula nella quale – tutto sommato – può essere sintetizzato il contenuto di garanzia anche del nostro principio costituzionale. E così facendo, ha comprensibilmente spostato la lente di osservazione dal *testo* al suo *senso* e quindi alla sua *interpretazione*, dalla semantica alla pragmatica, dal piano dei doveri del legislatore a quello dei giudici.

Per altro verso, il nuovo concetto di tassatività non può sottrarsi al confronto con il magmatico ed oscuro quadro delle fonti dipinto dal *multilevel constitutionalism* e dovrà quindi fare i conti con le novità che tale fenomeno sta importando nel sistema. Con riguardo al (molto) problematico rapporto tra gli organi giurisdizionali, si è cioè già accennato all’urgenza di mettere a fuoco i rapporti tra le giurisdizioni nazionali e quelle sovranazionali della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (onde scongiurarne le possibili interferenze) e, nell’imminenza, di articolare le forme di dialogo tra il diritto giurisprudenziale interno e quello europeo.

penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea, Milano, Giuffrè, 2012; C. Sotis, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, dopo la “cautela” della citata sentenza Corte cost. n. 230 del 2012, maggiore apertura si riscontra in Corte cost. n. 210 del 2013.

23 Da ultimo, M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero, Vigarò, *Europa e diritto penale cit.*, pp. 195 ss.

2.4. Conclusioni (parziali) attorno ai diritti del reo

Non interessa, né è forse possibile, stabilire se tali metamorfosi si risolveranno in un innalzamento oppure in un abbassamento dello *standard* di garanzie, garanzie che fortunatamente sembrano però funzionare, almeno finora, come vasi comunicanti: se è vero che il potenziamento di una può ridondare a svantaggio di un'altra e viceversa, il livello ultimo delle stesse parrebbe restare complessivamente invariato.

Con riferimento ai diritti del reo constatiamo soltanto che il concetto di *legalità* si sta spogliando dei panni della riserva di legge, per indossare soprattutto quelli della tassatività la quale assume quindi un ruolo protagonista. Ciò richiama l'attenzione sull'opportunità, più ancora che di una teoria dei diritti fondamentali, di una *teoria del giudicante*²⁴. O meglio, chiarisce che l'una non può fare sensatamente a meno dell'altra.

L'ultima osservazione conduce dritto al discorso sui diritti che il diritto penale deve tutelare.

3. I diritti fondamentali che il diritto penale deve tutelare (i diritti delle vittime)

3.1. I quesiti

Come è chiaro, l'aspirazione ineludibile del penalista, consapevole delle specificità della sua materia, dovrebbe consistere nello stilare la *lista dei diritti fondamentali*, per poi passare a specificarne – è questo il problema più spinoso – i *contenuti*.

Siffatti interrogativi presuppongono tuttavia che, sul piano metodologico, sia già stata sciolta la non poco impegnativa riserva concettuale sul *fondamento* dei diritti stessi o – come taluno preferisce esprimersi – sulla loro *giustificazione* (la differenza terminologica riflette però una radicale diversità di impostazione). Una questione sempre attuale (ed ancora discussa in sede filosofica), dal momento che condizionerebbe a sua volta la soluzione di problemi legati nientemeno che al concetto stesso *democrazia* – e come tali ineludibili in ordinamenti che prendano sul serio tale idea – e, quali:

²⁴ Il dibattito non è nuovo negli ambienti giuridici anglosassoni. Per tutti, R. Posner, *How Judge Think*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 2008.

– la *proliferazione* dei diritti, che deriva dal loro riconoscimento a sempre più numerose classi di soggetti, nell’(illusorio, quanto benefico e costruttivo) anelito all’universalità che ne segna l’essenza. Come vedremo (nel § 4.2), tratto caratteristico dei diritti fondamentali sembra in effetti una sorta di ossimorico *particolarismo nell’universalismo*, nel senso che l’avanzata dei diritti si attua ritagliando, all’interno del *genus, species* sempre più circoscritte, che avanzano proprie specifiche rivendicazioni. Da ciò la nascita di lacune e quindi di discriminazioni, il superamento di queste ultime attraverso l’ampliamento della portata o la creazione di nuovi diritti e così via, in una spirale che pare svolgersi all’infinito²⁵;

– il *costo* dei diritti, determinato dal passaggio dalle libertà negative (libertà *da*) – tipiche degli ordinamenti sette-ottocenteschi, di stampo liberale – alle libertà positive (libertà *di*) – proprie dello stato sociale – le quali ultime presuppongono l’assunzione in capo allo stato dell’obbligo di assicurare le condizioni materiali per l’esercizio effettivo dei diritti ed il soddisfacimento del sottostante bisogno;

– il *pluralismo* culturale, il quale imporrebbe una onesta presa di coscienza in ordine alle difficoltà di realizzare convergenze attraverso *modelli di agire comunicativo, consensi per intersezione, reciprocità reversibili ecc.*, e suggerisce di battere altre meno nobili ma più proficue strade²⁶.

Inutile ciò nondimeno avvisare che la questione del fondamento/giustificazione dei diritti riempie un capitolo della teoria del diritto la cui fine non è stata ancora scritta (né probabilmente mai lo sarà) e dove campeggia la disputa, eterna ed irrisolta, tra positivismo e naturalismo giuridici. È nel suo contesto che i poveri diritti (naturali) si videro un tempo bollati come «non-sensi sui trampoli»²⁷. Ed è doveroso anticipare che l’asperità dei toni non sembra oggi attenuarsi per effetto del predominio assunto da letture improntate a (condivisibile) scetticismo.

25 Per una splendida illustrazione del particolarismo che sempre si cela dietro l’affermazione del carattere *universale* dei diritti, P. Costa, nella *Relazione* tenuta al seminario.

26 Per un quadro più dettagliato, ma pur sempre compendioso, vd. A. Schiavello, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, «Ragion pratica», 2010, vol. 34, pp. 129-149.

27 La citatissima locuzione fu coniata nel contesto alla sua feroce critica al giusnaturalismo da J. Bentham: ID., *Nonsense upon stilts*, in *Rights, Representation, and Reform. Nonsense upon Stilts and Other Writings on the French Revolution*, ora in *The collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 2002.

3.2. *Le risposte suggerite dal dibattito filosofico sul piano astratto*

3.2.1. *Teorie teologiche o trascendenti*

Volendo sintetizzare di seguito alcune impostazioni ricorrenti²⁸, la sostanziale concordia raggiunta intorno al carattere laico del diritto moderno in generale e di quello penale in particolare ci autorizza a trascurare le *teorie teologiche o trascendenti*²⁹, che fanno discendere i diritti dalla sacralità dell'uomo, in quanto figlio di Dio³⁰. Tali impostazioni, quando sostenute, sono d'altronde presentate sotto le spoglie di teoria della dignità umana³¹ e quindi di teoria ontologica (su cui *infra*).

3.2.2. *Teorie istituzionalistiche*

Secondo le teorie *istituzionalistiche* i diritti deriverebbero da regole istituzionali, formali oppure informali e quindi, in ultima analisi, dall'accordo pratico.

L'impalcatura concettuale di tali impostazioni non dispiacerebbe al diritto penale che, come sappiamo, più gelosamente di altre branche giuridiche, difende una visione di stampo positivistico.

Mutuando le parole di Ferrajoli, giusfilosofo che, per il suo rigore scientifico oltre che per sensibilità culturale, è particolarmente apprezzato da autorevole dottrina penalistica, «il postulato del positivismo giuridico classico è [...] il principio di *legalità formale*, o se si vuole di *mera legalità*, quale metanorma di riconoscimento delle norme vigenti [...]. La sua affermazione, come sappiamo, ha provocato un rovesciamento di paradigma rispetto

28 Di seguito ricalcherò in parte la classificazione di Viola, *Etica e metaetica* cit., pp. 198 ss.

29 Per questa denominazione, A. Baldassarre, (voce) *Diritti inviolabili*, «Enc. Giur. Treccani», 1989.

30 Eppure, come noto, Jellinek considerò la libertà religiosa non soltanto il modello, ma anche la fonte di tutti i diritti di libertà (G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte*, Lipsia, 1985; trad. it., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Roma, Laterza, 2002, p. 46). In ben diversa prospettiva, c'è oggi chi (come il filosofo del diritto Micheal Perry) ritiene che soltanto l'idea che gli esseri umani siano sacri può sorreggere il concetto che debbano essere protetti mediante diritti naturali. M. J. Perry, *The Idea of Human Rights: Four Inquires*, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 11-41.

31 È quanto accade, ad esempio, in M.A. Glandon, *Il pensiero cattolico e i dilemmi sui diritti umani*, in *Tradizioni in subbuglio*, Roma, Rubettino, 2007, pp. 116 ss.

al diritto premoderno: la separazione tra diritto e morale, ovvero tra validità e giustizia, in forza del carattere interamente artificiale e convenzionale del diritto esistente. La giuridicità di una norma non dipende più, nel diritto moderno, dalla sua intrinseca giustizia o razionalità, ma solo dalla sua positività, ossia dal fatto di essere “posta” da un’ autorità competente nelle forme previste per la sua produzione»³².

Tali impostazioni risultano tuttavia difficilmente sostenibili.

Non convince appieno la spiegazione del *fondamento dei diritti*, che si imbatte nella difficoltà di far discendere il perché e le caratteristiche degli stessi immediatamente da scelte positive, imposte dall’esterno e che parrebbero dunque sospese sul nulla.

Per restare a Luigi Ferrajoli, sempre nello stesso lavoro, l’Autore dichiara di voler proporre una «definizione puramente formale o strutturale» ed afferma: «sono diritti fondamentali 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; intesa per “diritto soggettivo” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta a un soggetto da una norma giuridica, e per “*status*” la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio»³³. Il dibattito suscitato da queste dense affermazioni revoca tuttavia in dubbio il carattere definitivo di una stipulazione che asserisce di basarsi su asserti meramente formali e che avanza pretese di *avalutatività*, ma da cui invece trasudano contaminazioni “sostanzialistiche” dall’inevitabile sapore (neo-)giusnaturalistico³⁴, come quando – per citare uno degli aspetti più discussi – si parla della “non negoziabilità” dei diritti fondamentali³⁵.

32 L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 33.

33 Ivi, pp. 5 ss., in cui abbozza il discorso che svolgerà nel ponderoso *Principi iuris*, Roma, Laterza, 2008, p. 5.

34 Vedi i rilievi mossi, con diversità di accenti e da diverse prospettive ideologiche, a Ferrajoli, *I diritti fondamentali* cit., nel medesimo testo collettaneo, in particolare da Danilo Zolo, da Mario Jori e da Anna Pintore.

35 Ferrajoli lega la democrazia, nella sua dimensione sostanziale, ai diritti fondamentali (di libertà, che impongono divieti al legislatore, e sociali, che impongono ad esso obblighi), i quali circoscriverebbero la *sfera dell’indecidibile*, e cioè di ciò che è sottratto alle contingenti volontà delle maggioranze parlamentari (p. 19). Oggetto di accese discussioni è altresì la qualificazione che egli propone dei diritti fondamentali come *universali*, in polemica con chi, a distanza di tempo e in una situazione affatto mutata, seguirebbe ancora le posizioni di Thomas Humphrey Marshall (*Cittadinanza e classi sociali*, Roma-Bari, Laterza, 2002; or. 1850).

Specularmente, le impostazioni istituzionalistiche si rivelano fallimentari sul piano (della individuazione) dei *contenuti* dei diritti fondamentali.

Sarebbe infatti illusorio pensare che l'elencazione dei diritti nelle singole Costituzioni (le Costituzioni nazionali e – per limitare i riferimenti agli atti internazionali più recenti e di maggior rilievo – la Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948; la Carta europea dei diritti dell'uomo del 1950; la Carta dei diritti fondamentali del 2007), così come la sostanziale convergenza terminologica delle diverse Carte nell'elencazione dei diritti fondamentali siano elementi sufficienti ad assicurarne un'applicazione omogenea rispettivamente all'interno di un dato sistema e nel rapporto tra diversi ordinamenti.

Sappiamo tutti che il linguaggio dei diritti è (volutamente) vago ed indeterminato³⁶, che cioè le carte costituzionali parlano per principi piuttosto che per regole (ammesso che esista davvero una differenza tra le une e le altre). Sappiamo che esse fanno uso di termini i quali rinviano per parte al linguaggio comune e per parte a valori etico-politici e sappiamo anche che ciò accresce le potenzialità interpretative già normalmente insite nelle forme di linguaggio più tecniche e specialistiche (i penalisti direbbero addirittura «precise», come quelle, appunto, del diritto penale). La spiegazione dell'esistenza e dei contenuti dei diritti fondamentali che si appella alla regolamentazione nel solo diritto positivo non sembra insomma reggere fino in fondo e non è in grado, per le caratteristiche stesse del lessico giuridico, di *smaltire* integralmente *le scorie assiologiche* che stanno dietro ad ogni scelta di diritto positivo.

Le teorie istituzionalistiche non si dimostrano dunque, alla prova dei fatti, autosufficienti, ma necessitano di un ancoraggio ad una fonte ulteriore e diversa da quella positiva. Né invero tranquillizzerebbe più di tanto, (soprattutto) nell'attuale contesto storico, la visione (giuspositivisticamente originaria ed oggi anch'essa troppo *ingenua*) di uno Stato la cui politica legislativa si svolga al di là di vincoli e limiti, in cui (ribaltando la citata espressione di

36 Sul punto G. Pino, in *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, 2010, pp. 128 ss.; già ID., *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion Pratica», 2008, pp. 31, 393-409. Vd. di recente anche T. Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, «Ragion Pratica», n. 35, 2010, pp. 50 ss.

Scriveva, nel 1950, S. Pugliatti (*La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in *Grammatica e Diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, che l'indeterminatezza del testo legislativo costituisce «la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo» (p. 141).

Ferrajoli) *tutto* sia *decidibile*³⁷: ciò, soprattutto se si pone mente al fatto che, come noto, i diritti fondamentali storicamente nacquero proprio allo scopo di frapporre argini al potere degli Stati.

3.2.3. *Teorie ontologiche*

L'aspirazione a ravvisare un nucleo di indisponibilità (legislativa) dei diritti non necessariamente spinge tuttavia il discorso verso i lidi giusnaturalistici (in cui si arenerebbe), come potrebbe a prima vista pensarsi. Nessuno infatti oggi si sognerebbe più di sostenere che i diritti fondamentali siano iscritti nella natura, e come tali inviolabili ed imm modificabili, né che debba esserci una coincidenza anche solo tendenziale tra i precetti del diritto penale e quelli della morale. Si cadrebbe nella solita fallacia naturalistica se si cercasse di elencare anche soltanto pochi di questi valori essenziali, dotandoli di una connotazione specifica. E viene da tempo stigmatizzata l'assurdità insita nella pretesa di dimostrare l'*intangibilità* dei diritti, nel doppio senso della "non modificabilità nel tempo" e della "necessità di una condivisione generalizzata, a livello universale".

Quella che comincia ad insinuarsi nel dibattito penalistico è invece l'ipotesi, *minimale*, che esista una connessione giustificativa tra morale e scelte di incriminazione. Resta però ancora da verificare che cosa si intenda per *morale*.

Per lo meno sul piano astratto, nulla impedisce di guardare a quest'ultima come ad un nucleo di valori non già innati, bensì interiorizzati nella coscienza e condivisi da larghi strati della società in un determinato momento storico, nucleo come tale suscettibile di evolversi naturalmente nel tempo.

A dire il vero, noi pensiamo che non sia implausibile spingersi addirittura oltre, raccogliendo le suggestioni di chi cerca di provare scientificamente l'esistenza di una *grammatica morale comune*, intesa come convergenza di reazioni emotive di fronte a determinate situazioni. Il discorso sarebbe però troppo complesso (si carica di molti *distinguo*) e non potrebbe essere esaurientemente affrontato in questa sede³⁸.

³⁷ Era questo il quadro teorico in cui Bentham difendeva le impostazioni gius-positiviste e bollava i diritti naturali con il già richiamato celeberrimo epiteto *nonsense upon stilts*.

³⁸ Rinviamo pertanto a O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?* cit.; Id., *Una lettura evoluzionistica del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in O. Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, Cedam, 2013, pp. 337 ss.

Non possiedono dunque carattere necessariamente immanente le c.d. teorie *ontologiche* le quali, nella versione più diffusa, sostengono che l'esistenza dei diritti dovrebbe essere desunta dalla considerazione che gli esseri umani hanno una dignità e che sono dunque titolari di diritti necessari al loro rispetto.

Esse si appellano a quell'interesse super-primario e non disconoscibile che è la *dignità dell'uomo* per individuare un *Kern* di diritti sottratti all'area dell'opinabile e da usare allo scopo di appianare i possibili contrasti, ma ciò fanno riconoscendo ovviamente il carattere storicamente relativo dei valori³⁹.

Neppure simili impostazioni dispiacerebbero al penalista che, pur avvertendo come serio il problema dei rapporti giustificativi con la morale, concorda (è ovvio) sul rilievo primario della persona nella gerarchia degli interessi e cercherebbe volentieri nella dignità umana l'aggancio per delimitare sia la politica legislativa che quella giudiziaria.

Proprio (o principalmente) guardando alla materia penale abbiamo tuttavia imparato che tale valore si presta a letture talvolta contrastanti e che il suo concetto – come accaduto nel dibattito sulla legittimità dell'eutanasia⁴⁰ – viene riempito di contenuti anche opposti, a seconda delle tesi che si vogliono sostenere.

Le teorie ontologiche si imbattono cioè nel problema del pluralismo etico e, nonostante ogni sforzo pur finemente argomentato, non sembra riescano a superarlo. Vediamo perché.

Una possibile opzione consiste nel calare il discorso sui diritti fondamentali nella cornice teorica dell'*individualismo*, coerentemente peraltro con l'origine storica dei diritti umani che, come più volte ricordato, si affermarono quale strumento di difesa dell'individuo rispetto all'arroganza del potere statale⁴¹. L'*individualismo* si colorerebbe oggi, com'è naturale, in senso marcatamente democratico e giammai egoistico: vale a dire, dovrebbe fondarsi sul ri-

39 Attraverso il richiamo alla *dignità dell'uomo* si ritiene inoltre che la teoria ontologica possa essere difesa dalla critica ad essa tradizionalmente rivolta, secondo cui tale impostazione farebbe discendere dall'essere il dover essere e che sarebbe dunque inficiata dalla fallacia naturalistica o in contrasto con la legge di Hume. Viola, *Etica* cit., p. 212.

40 Il tema, su cui si gioca la tenuta del diritto penale nell'impatto con i *nuovi* diritti fondamentali, è anch'esso richiamato dal prof. Pulitanò nella Relazione tenuta al seminario.

41 Il prof. Costa propone un'interessante ipotesi in ordine all'origine storica dei diritti fondamentali.

spetto e sull'eguaglianza e quindi, appunto, sulla *pari dignità degli uomini*⁴². Delimitato così lo spazio concettuale in cui muovere le pedine dell'argomentazione, le inevitabili divergenze andrebbero superate mediante la ricerca di un *overlapping consensus*, ispirato all'idea del *rispetto/riconoscimento*, e quindi indirizzando il discorso secondo le coordinate del liberalismo politico rawlsiano⁴³, preferito al modello del liberalismo comprensivo di Dworkin perché più neutro (meno eticamente connotato) di quest'ultimo⁴⁴.

Sebbene autorevolmente sostenuta, l'argomentazione rischia di rivelarsi aporetica, dal momento che: a) non è affatto detto che sia possibile raggiungere un *consenso per intersezione*, almeno in tempi brevi, su temi ad alta connotazione etica; b) più in generale, seppure con le precisazioni che saranno fatte di seguito, è possibile esprimere alcune perplessità in ordine al concreto inverarsi dei postulati del liberalismo politico e specificamente alla possibilità di tenere – anche solo ragionevolmente – separato il diritto penale dalla morale; c) non è dato riporre troppa fiducia nella coordinata metodologica dell'eguaglianza che, come cercheremo di dimostrare in seguito, sembra non tanto guidare il discorso sui diritti fondamentali, quanto piuttosto essere guidata dalla *pratica dei diritti*.

Per gradi e tralasciando per il momento l'ultimo profilo (quello – c – della pari dignità degli uomini e dell'eguaglianza, su cui ritorneremo in conclusione del discorso), dicevamo: non siamo sicuri sia possibile raggiungere un *consenso per intersezione* o qualunque altra forma di ragionevole accordo in materie così strettamente legate ai problemi etici, da chiamare in ballo visioni del mondo tra loro inconciliabili e fortemente interiorizzate nelle coscienze individuali (a).

Se cioè la forza dell'argomentazione e della persuasione può influenzare la pratica giuridica in molte materie, caratterizzate da una struttura discorsiva *logicamente orientabile*, temiamo che difficilmente riuscirebbe invece a superare le resistenze in settori eticamente connotati e a forte carica *emozionale*

42 Questa è stata, ad esempio, la scelta espressamente operata dal prof. Pulitanò nella sua densa *Relazione*, dove ha richiamato, tra le altre cose, il recente studio di N. Urbinati, *Liberi e uguali*, Roma-Bari, Laterza, 2011, in part. pp. 113 ss.

43 J. Rawls, *Liberalismo politico*, Ed. Comunità, 1999 (or. 1993); ID., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, Milano, Ed. Comunità, 2001.

44 Così, sempre Pulitanò nella *Relazione* svolta. Vd. inoltre ID., *Paternalismo penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, I, pp. 489 ss., dove peraltro l'Autore riconosce che, come avremo modo subito di seguito di precisare, «il liberalismo politico è un approccio aperto, inclusivo, ma non indiscriminatamente inclusivo» (p. 499).

(il pensiero corre sempre all'eutanasia, cartina di tornasole delle difficoltà che incontrano i “nuovi diritti”).

Ad ogni modo (anche cioè a voler mantenere il discorso sul piano della razionalità argomentativa tradizionale), non si tratterebbe ovviamente della mera contrapposizione tra posizioni laiche e posizioni religiosamente orientate⁴⁵. Pensiamo piuttosto che non vadano sottovalutate le preoccupazioni dei portatori di un'etica *comunitaria* che, come Hans Jonas, hanno evidenziato il rischio (tutt'altro che lontano ed ipotetico) che il *diritto* a morire possa silentemente trascendere in un *dovere* di morire, come è facile immaginare pensando ai sempre maggiori tagli economici nel settore della sanità pubblica ed al fatto che i nuclei familiari vanno progressivamente restringendosi, rendendo materialmente difficile praticare la solidarietà tra i propri membri e l'assistenza ai soggetti più deboli. Con conseguente ampliamento delle diseguglianze tra ceti⁴⁶.

Più in generale, ci paiono verosimili (e significative) alcune osservazioni di Francesco Viola, secondo il quale

il fatto del pluralismo non ha cambiato il modo di concepire l'etica e la politica nella modernità, ha soltanto moltiplicato le costellazioni di valori. Il mondo unitario dell'etica si è spezzato in tanti frammenti, ma ognuno di essi riproduce la matrice originaria nel fatto di essere chiuso nella sua assolutezza ed incomunicabilità. In tal modo il pluralismo può aspirare solo alla coesistenza, ma non al dialogo tra comunità morali separate e chiuse in se stesse⁴⁷.

Questa difficoltà – e veniamo così al secondo punto (b) – è ben nota al liberalismo politico e ne spiega la tendenza a *ritrarsi* dalla discussione sui diritti fondamentali. Lo stesso Rawls ammette che anche le società gerarchiche possono rendere in qualche modo ragione dei diritti fondamentali e che dunque questi non sono appannaggio esclusivo del liberalismo politico⁴⁸. «Quanto

45 ... per la quale si rinvia, per tutti, a G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, Mondadori, 2009.

46 H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 1997 (or. 1985), pp. 185 ss. Nella letteratura penalistica, esclude che possa annullarsi del tutto il «momento comunitario» della scelta, tra gli altri, M. Romano, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2008, p. 1002

47 F. Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea*, in «Ragion Pratica», 1996, 199. Vd. anche ID., *Metaetica dei diritti*, «Etica e metaetica» cit., pp. 135 ss.

48 J. Rawls, *La legge dei popoli*, in S. Shute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani*, Milano, Garzanti, 1994, pp. 54-97 (or. 1993).

più si espande la coscienza dei diritti dell'uomo, tanto più il liberalismo cerca di lavarsene le mani per paura di divenire un pensiero totalitario»⁴⁹.

Per altro verso, (vedremo che) la necessità di ravvisare una base comune di consenso costringe tale Autore a proporre una concezione *minimalista*, molto restrittiva dei diritti fondamentali, come tale irrealistica.

Se il liberalismo politico non riesce a risolvere le contrapposizioni (per lo meno nei settori a forte connotazione etica), si potrebbe allora prendere in considerazione la posizione, forse più realistica, di chi come Dworkin ammette che esista una forma minima di connessione giustificativa del diritto con la morale (tale connessione tuttavia non ha impedito allo stesso Autore di affermarsi come uno tra i più raffinati teorizzatori della legittimità delle pratiche di fine di vita). Dworkin, dopo aver distinto tra *interessi critici* ed *interessi di esperienza* (tra i primi, in un altro celebre suo scritto, egli aveva annoverato proprio il diritto ad una vita e dunque ad una morte degna⁵⁰), tra *modello della sfida* e *modello dell'impatto*, e dopo aver assegnato la sua la preferenza a posizioni non paternalistiche e rispettose dell'altro, quando entra però nel merito del suo concetto di *eguaglianza liberale*, ad un certo punto è costretto a fermarsi e riconosce, con onestà, che l'eguaglianza liberale è «neutrale rispetto all'etica personale, non a quella impersonale, e *soltanto nella misura in cui l'etica personale non incorpori principi politici antiliberali*»⁵¹. Ad esempio, l'eguaglianza liberale non può restare neutra di fronte a qualcuno che trovi «il significato e la missione della propria vita nel costringere gli altri a migliorare la loro vita secondo la sua opinione»⁵².

Sviluppando tali concetti proprio con riferimento alla tematica dei diritti umani, in altra sede, Dworkin giunge ad ammettere la necessità di dare per assunto un certo punto di vista perché ritenuto, semplicemente, *preferibile*.

L'autore non esita a rivendicare apertamente i diritti umani sulla base della loro "forza morale"⁵³. Ma le sue parole trasudano la conflittualità tra l'essere e il dover essere. Pensatore liberale celebre (lo ribadiamo, anche) per le sue posizioni a difesa dell'autodeterminazione, egli ripropone la sua celebre distinzione tra "diritti politici", astratti ma al limite utiliz-

49 Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea* cit., p. 197.

50 R. Dworkin, *Il dominio della vita*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994 (or. 1993), pp. 247 ss.

51 R. Dworkin, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. Dworkin, S. Maffettone, *I fondamenti del liberalismo*, Roma, Laterza, 2008, p. 117. Il corsivo è nostro.

52 Dworkin, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale* cit., p. 117.

53 R. Dworkin, *Cosa sono i diritti umani?*, in «Ragion pratica», 2007, pp. 469 ss.

zabili come *briscole*, e “diritti umani”, ancora più astratti ed assoggettati invece alla logica dell’argomentazione e della persuasione. Di fronte all’esigenza di rispettare il diverso, non fa tuttavia mistero della tensione emotiva che tale esigenza produce quando si scontra con il bisogno *morale* di non giustificare, in suo nome, efferatezze e massacri. E della correlata necessità di *chiudere comunque la partita*. Di conseguenza, Dworkin giunge ad ammettere la *sostenibilità* di un certo grado (ovviamente – potremmo legittimamente chiederci: quale?) di paternalismo (moderato). Ciò gli consente di accreditare come preferibile una certa visione, pure non universalmente condivisa e culturalmente connotata: quella ispirata all’ideologia post-illuministica, che battezza, guarda caso, «individualismo *etico*», i cui portanti sono individuati nei principi, in certa misura tra loro configgenti, dell’*eguale importanza* e della *speciale responsabilità*. Quanto alla possibile accusa di “arroganza” legata alla constatazione del relativismo etico («potreste sottolineare che crediamo ciò che crediamo solo perché siamo tutti cresciuti in una cultura molto diversa»), Dworkin taglia corto: «E allora? Da questo non segue che noi non crediamo ciò che crediamo e se ci crediamo non dovremmo far finta di no»⁵⁴. Per la loro affermazione, occorre soltanto sperare (e dimostrare) che le differenze tra culture non siano così profonde come sembra.

Inutile sottolineare che siffatti esiti, seppur probabilmente ineludibili, rischiano di affermare l’egemonia culturale di una parte sulle altre.

Come a tutti noto, il pericolo fu evidenziato tempo fa da Nicolai Hartmann, formulando alcune considerazioni che Carl Schmitt ha provveduto a superbamente sviluppare in ambito giuridico (superando peraltro il punto di vista di Hartmann). «Nessuno può [...] sfuggire alla logica immanente del pensare per valori. Non importa che il valore sia soggettivo, formale o materiale: non appena appare, si attiva inevitabilmente uno specifico meccanismo mentale, connaturato a ogni pensare per valori. Il carattere specifico del valore risiede infatti nell’avere non già un essere, ma soltanto una validità. Ne consegue che la posizione non è nulla se non si impone; la validità deve essere continuamente attualizzata, cioè fatta valere, se non vuole dissolversi in una mera parvenza»⁵⁵. Sicché, ironizzava il grande giurista già allora e in conclusione del suo discorso: «prima, quando la dignità non era ancora un valore ma qualcosa di diverso, il fine non poteva giustificare il mezzo. Anzi, la massima secondo cui il fine giustifica i mezzi era considerata riprovevole». Invece, il pensare per valori «consente di ripagare il Male con il Male, trasformando così la nostra terra in un inferno, ma l’inferno in un paradiso dei valori»⁵⁶.

Insomma, «se il nostro obiettivo (normativo) è il raggiungimento di una “inclusione sensibile alle differenze”, allora dobbiamo essere disposti a fare i conti con il problema dell’incommensurabilità dei valori e delle culture senza

54 Ivi, p. 478.

55 C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008 (or. 1960).

56 Ivi, pp. 63 ss.

cedere alla tentazione della *reductio ad unum*»⁵⁷. Molti avanzano cioè l'idea che le teorie del pluralismo comprensivo⁵⁸ si poggino su un'ipocrisia, in quanto (anziché includere) *escludono* qualunque altra impostazione non sia fondata sul pluralismo e cessano per questo di essere davvero pluraliste e comprensive.

Come uscire dal circolo vizioso? Qualcuno propone di compiere un atto di coraggio e suggerisce di abbassare le pretese, ammettendo – con le cautele del caso – che, se è stata invano tentata la strada dell'agire comunicativo e dell'*o-verlapping consensus*, occorre ripiegare su quella, (meramente) *strategica*, della *contrattazione* e della *negoiazione*⁵⁹.

Banalmente, il consenso *astratto* lo si può ragionevolmente trovare, ma pur sempre a condizione che ci si muova in uno spazio comune e condiviso, almeno in linea di massima. Ciò che nelle tematiche della bioetica difficilmente accade e difficilmente accadrà nel prossimo futuro.

Sintetizzando quel che si è finora osservato, è dunque possibile notare che la gran parte delle tesi fondate sulla dignità umana è debitrice della visione individualistica propria delle culture occidentali di derivazione illuministica (tutt'altro che condivisa da quelle che ruotano attorno ai gruppi e alla famiglia e che esprimono quindi una visione di tipo comunitario; le società islamiche e del lontano Oriente ne rappresentano soltanto una esemplificazione).

Tale visione individualistica, nella sua versione *inclusiva*, incorre in quello che si va sempre più configurando come il *paradosso della democrazia*: riconoscere, in nome della dignità dell'uomo, pari peso a tutti valori di cui siano portatrici culture diverse, facendo prevalere il momento descrittivo su quello della valutazione e producendo un (per il penalista) inammissibile svilimento della dimensione assiologica dei diritti fondamentali.

Tanto per esemplificare, il *paradosso della democrazia*, in materia penale condurrebbe ad esiti inaccettabili, poiché significherebbe accettare la legittimazione della pena di morte, dello sfruttamento dei minori, delle pratiche di mutilazione dei genitali femminili, della tortura ecc. e determinerebbe per di più una situazione di stallo, nel caso (frequentissimo) di conflitto di valori, con ciò negando la stessa ragion d'essere del diritto.

Nella sua versione *esclusiva* (che riconosce pari dignità ed accetta il confronto soltanto con quelle che a sua volta si riconoscono nello stesso nucleo

57 Schiavello, *Diritti umani* cit., p. 137.

58 ...come quella – espressamente richiamata da A. Schiavello, di M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, il Mulino, 2000 (or. 1998).

59 Schiavello, *Diritti umani* cit., pp. 140 ss.; in part. pp. 146 ss.

duro di diritti), non riesce a dissipare le ombre e ad allontanare le accuse di egemonia culturale dei sistemi occidentali (sarebbe invece forse eccessivo richiamare l'accusa mossa alle società occidentali di voler esercitare un imperialismo culturale servendosi della retorica dei diritti fondamentali).

Si va diffondendo la notazione (il riferimento è alla politica statunitense, ma il discorso è estensibile ad altre democrazie), che «gli attivisti dei diritti umani in teoria accettano [il limite del pluralismo etico], ma tendono a renderlo elastico, a trasformarlo nella vaga esigenza di esibire una certa sensibilità culturale nell'applicazione degli universali morali». Ciò fa sì che «i diritti umani sono considerati sempre più il linguaggio di un imperialismo morale tanto inesorabile e ottennebrato da richiamare la tracotanza colonialista del passato». «La grande illusione [...] è la credenza che i diritti umani siano al di sopra della politica, un poker di assi morali la cui funzione consista nel portare a conclusione le dispute politiche [...] I diritti umani non sono altro che una forma di politica, che deve ricondurre i fini morali a situazioni concrete e deve essere pronta a sottoscrivere compromessi spiacevoli non solo tra fini e mezzi, ma anche tra un fine e l'altro»⁶⁰.

3.2.4 *Teorie scettiche*

Nessuna delle surriferite concezioni *astratte* dei diritti fondamentali si mostra autosufficiente: hanno tutte bisogno di appoggiarsi ad una "teoria dell'autorità"⁶¹, ma non riescono a *fondarla* in misura convincente. Sembrano dunque accomunate da un'identica sorte e convergono verso un unico punto, seppur *morto*: i diritti fondamentali presuppongono *qualcosa di più* di una mera stipulazione formale, ma nel contempo lo sguardo sulla storia e la visione dell'altro ci induce a ritenere che questo *qualcosa* debba essere necessariamente *meno* della loro fissazione nelle leggi della natura e/o in quelle della ragione.

Per queste ragioni, la riflessione filosofica probabilmente dominante e più matura sui diritti fondamentali si esprime a favore delle *tesi storicistiche*, che sono nella sostanza *scettiche*, e reputa un'*illusione* la ricerca di un fondamento assoluto per i diritti fondamentali⁶².

60 M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003 (or. 2001), rispettivamente, pp. 23; 24; 26 s.

61 A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in Ferrajoli, *Diritti fondamentali* cit., p. 180; EAD., *Diritti insaziabili*, in Pintore, *Democrazia* cit., p. 84.

62 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 5-16. Queste le motivazioni addotte da Bobbio. I diritti dell'uomo: 1) sono una definizione vaga, che non consente definizioni soddisfacenti; 2) costituiscono una classe variabile, come dimostrato dalla storia;

Di Norberto Bobbio è la frase (che, «citata a iosa», si lamenta sia bastata a «mettere a posto le coscienze filosofiche»⁶³) – secondo cui «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. E' un problema non filosofico ma politico»⁶⁴.

La disaffezione nei confronti del tema è peraltro diffusa in ambienti intellettuali tra loro anche molto diversi. Tanto per esemplificare, un quasi altrettanto menzionato Alasdair MacIntyre, a proposito del problema del fondamento, afferma che i diritti umani sono creature non meno mitiche degli unicorni⁶⁵; Richard Rorty sostiene che «il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico»⁶⁶ e Charles Taylor ammonisce che il concetto di diritti umani «potrebbe viaggiare meglio separatamente dal suo bagaglio di giustificazioni sottostanti»⁶⁷.

Secondo un'importante corrente, i diritti umani, considerati con una punta di sarcasmo oggetto di fede secolarizzata⁶⁸, non sarebbero insomma suscettibili di giustificazione morale (nel senso che non possono appellarsi ad alcuna idea particolare della natura umana: la storia dell'Olocausto e di altri paragonabili crimini lo smentisce), bensì meramente storica⁶⁹. Il multiculturalismo avrebbe squarciato il velo dello «pseudo-universalismo» dei diritti fondamentali, mettendone in luce la dimensione invariabilmente particolaristica⁷⁰.

3) costituiscono una classe eterogenea; 3) possono essere tra loro antinomici nei contenuti negativi e positivi spettanti allo stesso individuo (più aumentano i poteri dei singoli, più diminuiscono le loro libertà).

63 F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 192.

64 N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, ora in ID., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Milano, il Mulino, 1979, p. 129.

65 A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, III ed. Riveduta, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 2007, p. 69.

66 R. Rorty, *Diritti umani, razionalità e sentimento*, in S. Chute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, Milano, Garzanti, 1994, pp. 128-151 (cit. a p. 132).

67 C. Taylor, *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, in B. Bauer, D.A. Bell, *The East Asian Challenge*, New York, Cambridge University Press, 1999, p. 126

68 Ignatieff, *Una ragionevole apologia* cit., ad es. p. 79.

69 Ivi, p. 57. Ignatieff revoca cioè espressamente in dubbio la tesi secondo cui i diritti umani sarebbero dotati di un solido impianto epistemologico e/o deontologico. In Italia, a questa posizione è ascrivibile, tra gli altri, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 163 ss..

70 Nella nostra dottrina costituzionalistica, Cartabia, *L'universalità dei diritti umani* cit., pp. 554 ss.

3.3. *I problemi rimasti insoluti e/o insolubili*

Ovviamente, ove si convenga (e come dissentire?) su questa posizione, dovremmo riconoscere che restano insoluti i soliti problemi, di non poco conto. Proviamo a riassumerli:

Sopravvive innanzitutto la vecchia e spinosissima questione dei c.d. diritti *impliciti*. Con riferimento al nostro sistema, come noto, i costituzionalisti si sono a lungo interrogati sull'art. 2 Cost.: allude esso ai diritti inviolabili di seguito elencati nelle altre disposizioni della Costituzione ovvero rappresenta un clausola inclusiva di diritti non espressamente previsti?⁷¹.

Ammesso poi (ciò che è impossibile e nemmeno auspicabile, e cioè) che si giunga a stilare una lista di diritti (espliciti oppure impliciti) non immodificabile nel tempo ma su cui registrare quantomeno un consenso stabilizzato per ampi lassi temporali, è stato tante volte evidenziato che i diritti – già se assunti nella loro accezione minima ed originaria, di stampo negativo – non sono monadi; entrano tra loro in collisione ed impongono quindi una regolamentazione dei propri confini la quale può, in alcuni casi, condurre alla loro stessa negazione.

In particolare, a volte, il conflitto è c.d. *intra-rights*, nel senso che vede contrapporsi diversi portatori del medesimo interesse. Così, ad esempio, il diritto all'autodeterminazione in materia di salute si scontra con l'obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari quando ciò comporti un rischio per la salute altrui; il diritto a godere della proprietà incontra un limite nel diritto di proprietà altrui ecc.

In altri casi, il conflitto è c.d. *inter-rights* e cioè consta dello scontro tra interessi diversi. Così, ad esempio, il diritto alla libera manifestazione del pensiero confligge con il diritto a non essere leso nella sfera del proprio onore; il diritto alla libera associazione contrasta con il diritto all'incolumità personale e dunque con i limiti imposti dall'ordine pubblico; il diritto alla propria riservatezza si scontra con il limite della sicurezza pubblica ecc.; la proprietà incontra un limite nell'utilità sociale. Lo stesso diritto penale rappresenta in sé, come è noto, una esemplificazione vivente di tale conflitto, dal momento che attua la tutela di beni mediante il sacrificio di altri beni (la libertà personale, il patrimonio, l'onore ecc.).

La *litigiosità* dei diritti si accresce se si sposta l'attenzione sui *contenuti* dei diritti medesimi. Tali contenuti non mutano infatti soltanto per effetto di

⁷¹ Per tutti, Baldassarre, voce *Diritti inviolabili* cit.

delimitazioni esterne, e cioè del contemperamento con interessi sottesi ad altri, contrapposti, diritti, ma anche al proprio interno, dove vanno inesorabilmente accrescendosi di nuovi aspetti. Uno dei portati degli stati costituzionali consiste nel riconoscere che i diritti fondamentali si connotano non soltanto per i loro contenuti negativi, ma anche per quelli positivi⁷². E' nella storia dei diritti, e del progresso della civiltà umana, la successione tra: diritti civili (o di prima generazione); diritti politici (o di seconda generazione); diritti sociali (o di terza generazione); diritti delle generazioni future (o di quarta generazione)⁷³. Una siffatta evoluzione, se va ovviamente salutata con favore perché inequivocabile segno dello stato di buona salute della nostra civiltà giuridica, introduce d'altra parte un elemento di complicazione, perché rende più problematica l'attuazione degli stessi diritti e, conseguentemente, il giudizio su tale attuazione, in una situazione caratterizzata, da un lato, dalla disponibilità di risorse sempre più limitate, dall'altro lato, dal rischio sempre maggiore di reciproca interferenza.

Sempre Norberto Bobbio, con la sua prosa efficace ed asciutta ammonisce: «Più aumentano i poteri dei singoli, più diminuiscono, degli stessi singoli, le libertà»⁷⁴, e di seguito: «Scendendo [...] dal piano ideale a quello reale, altro è parlare di diritti dell'uomo, di diritti sempre nuovi e sempre più estesi, e giustificarli con argomenti persuasivi, altro è assicurare loro una protezione effettiva [...]. Via via che le pretese aumentano, la loro soddisfazione diventa sempre più difficile. I diritti sociali, come è ben noto, sono più difficili da proteggere che i diritti di libertà»⁷⁵.

In tutte queste tipologie, può accadere che i limiti ed i contenuti dei diritti siano individuati nello stesso testo normativo (si pensi alla formulazione degli artt. 32 e 42 Cost.), ma, in tal caso, lo sono in modo generico, non essendo comunque possibile prevedere anticipatamente il *grado* di realizzazione e/o di compressione dei contenuti del diritto o dei diritti a confronto. La valutazione, come vedremo meglio in seguito, presuppone dunque pur sempre un giudizio in concreto. Concetto così compendiabile: la composizione del conflitto tra diritti o tra diverse manifestazioni di uno stesso diritto dipende

⁷² Per una compendiosa ricostruzione dell'evoluzione storica del contenuto di tali diritti, A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁷³ La tassonomia (almeno per i primi tre) risale, come noto a Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* cit.

⁷⁴ Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 13.

⁷⁵ Ivi, p. 63.

dal grado di compromissione degli stessi; nessun diritto è assoluto o, meglio «l'assolutezza che si conviene ai diritti fondamentali è in realtà un' "assolutezza condizionata" »⁷⁶.

I conflitti tra diritti assumono poi ovviamente diverse connotazioni e si accrescono con l'emersione di nuovi interessi e con il consolidarsi di nuovi diritti (ed è indiscutibile che il consolidarsi di sempre nuove possibilità materiali, soprattutto per effetto dello sviluppo della scienza e della tecnologia, assecondi la percezione della nascita di nuovi diritti⁷⁷), sicché i riflessi del contrasto si scomporgono e ricostituiscono in modo continuamente nuovo come in un caleidoscopio. Quando si cessa di essere in presenza di una mera regolamentazione e si trascenda invece nella negazione dei diritti, abbiamo detto che è possibile stabilirlo soltanto in base ai valori dominanti nella cultura di un certo momento storico, vale a dire in misura giocoforza approssimata ed in base ad una valutazione di tipo assiologico, che cessa quindi anche soltanto di apparire obbligata.

Non è insensato distinguere la violazione di un diritto fondamentale dalla sua regolamentazione: ciò che è fuorviante è invece affermare [...] che un diritto ha certi limiti «immanenti», «impliciti» o «connaturati» – che «sono già lì» nella definizione del diritto – quando invece tali limiti sono frutto, inevitabilmente, di un'argomentazione sostanziale⁷⁸.

Se tutto ciò è già vero all'interno delle dimensioni interne e nazionali singolarmente considerate, i conflitti deflagrano quando si debbano contemperare i diritti in una dimensione sovranazionale, a causa – si è detto – dell'incommensurabilità di culture e di sensibilità profondamente diverse tra loro.

Insomma, quando e quanto più ristretto era il novero dei diritti e quello dei soggetti ammessi a goderne, tanto più agevole si rivelava la loro concreta attuazione ed il loro invero nella prassi. Il prezzo della democrazia si è paradossalmente rilevato una guerra per la delimitazione dei confini tra le ormai tante parti in causa, che impone delicate operazioni di bilanciamento in cui l'intesa si fonda su basi invero fragili. Il buffo ed indesiderabile fenomeno della litigiosità dei diritti è ormai sotto la lente di osservazione degli studiosi e la tentazione di fare dei diritti fondamentali un uso *retorico*, in chiave tautologica dei malanni penalistici (tentazione che all'inizio di questo percorso pareva così reale), si prospetta ormai davvero lontana.

⁷⁶ Pino, *Diritti e argomentazione* cit., p. 215.

⁷⁷ Questo profilo in Italia è stato da tempo sottolineato ad esempio in S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995

⁷⁸ Pino, *Diritti e argomentazione* cit., p. 111.

3.4 *Il minimalismo dei diritti fondamentali*

Se questo è il quadro (lo è), non sorprende allora l'affermazione di posizioni c.d. *minimaliste*, in controtendenza rispetto alla propensione *tirannica* ed *espansiva* dei diritti umani: posizioni che appaiono distoniche, quando non reazionarie, a chi invece non si sia mai un minimo addentrato nella materia e non ne conosca le problematiche qui accennate per sommi capi.

Esse muovono alla ricerca di un massimo comune denominatore su cui coagulare un consenso in molti casi sempre più difficile raggiungere. Esempificando:

1) in fondo (lo abbiamo accennato), *minimalista* è già la posizione di Rawls sui diritti umani⁷⁹. Consideriamo la sintesi che del pensiero di quest'autore propone John Tasioulas. Tasioulas evidenzia come la concezione dei diritti umani di Rawls si articoli in due livelli.

Da una parte, vi sono quelli che potremmo chiamare diritti costituzionali liberali, i diritti che devono essere riconosciuti ed applicati in uno stato liberale democratico ideale [...]. Ma, a rigore, i diritti umani sono solo un sottoinsieme di questi diritti costituzionali liberali. Più in particolare, sono quei diritti individuali che possono generare una giustificazione defettibile per un intervento energico quando sono oggetto di violazioni gravi e generalizzate⁸⁰.

Un problema immediato con la concezione di Rawls è la mancanza di fedeltà alla più ampia cultura dei diritti umani, che sono limitati a quanto segue: il diritto alla vita (mezzi di sussistenza e sicurezza personale); il diritto alla libertà (libertà dalla schiavitù, dalla servitù e dal lavoro coatto), nonché alla libertà di coscienza, garantita in una misura sufficiente ad assicurare la libertà di religione e di pensiero; il diritto alla proprietà (proprietà personale); e infine il diritto all'uguaglianza formale che è espressione delle regole della giustizia naturale (casi simili vanno trattati in modo simile)⁸¹.

Gli altri, e cioè il diritto alla non discriminazione per ragioni di sesso, razza e religione; i diritti umani alla libertà di parola, di movimento o di partecipazione politica; il diritto umano all'istruzione o ad un livello di vita soddisfacente, secondo Rawls, sono «aspirazioni liberali» e non diritti umani in senso proprio⁸²;

79 J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001 (or. 1999).

80 J. Tasioulas, *Cosa è un diritto umano*, «Ragion Pratica», n. 34, 2010, p. 122.

81 Ivi, p. 123.

82 *Ibidem*.

2) in un diverso contesto culturale, altri propone di limitare il contenuto dei diritti fondamentali alle *libertà negative*, assumendo quindi come modello di riferimento l'*individualismo* caratteristico delle società occidentali. Il già citato storico Micheal Ignatieff, dopo aver ampiamente argomentato che il pluralismo dei diritti ne determina la inconciliabilità reciproca e di conseguenza l'annacquamento, ammonisce che «il credo dei diritti umani è rivoluzionario, in quanto formula una richiesta radicale per tutti i gruppi umani, ossia che essi servano gli interessi degli individui che li compongono [...] Gli interessi individuali e di gruppo sono inevitabilmente in conflitto. I diritti umani esistono per dirimere questi conflitti, per stabilire un minimo invalicabile oltre il quale le richieste del gruppo o del collettivo non possono spingersi nel sottoporre a costrizioni le vite degli individui». Se è così, allora, «cercare la protezione dei diritti umani non equivale a cambiare la propria civiltà; vuol dire soltanto usufruire delle protezioni date dalla “libertà negativa”»⁸³. Insomma,

[...] [A]bbiamo bisogno di smettere di pensare che i diritti umani siano delle specie di briscole e cominciare a considerarli come un linguaggio che crea le basi per la deliberazione. In questo quadro, il grado del nostro accordo può essere molto ridotto: non molto oltre l'intuizione di base secondo la quale ciò che è dolore e umiliazione per un altro è destinato ad essere dolore e umiliazione per me. Ma questo è già qualcosa⁸⁴;

3) non meno celebre⁸⁵ è la posizione di Salvatore Veca sulla *priorità del male*, che raccoglie la proposta di Ignatieff sull'*umanesimo antifondazionalista* basato sul contenuto minimo dei diritti, e rilancia. L'autore muove dalla constatazione che

lo spazio del male sembra chiedere meno impegno interpretativo, per asserire che vi è del male per le persone. Dopo tutto, la tortura è un male e questo lo sanno anche i torturatori [...]. Lo spazio del bene implica, all'inverso, il lavoro dell'interpretazione come un suo elemento costitutivo e questo rende conto del suo essere riconoscibile, più propriamente, come lo spazio pluralistico dei beni umani.

⁸³ Ignatieff, *Una ragionevole* cit., pp. 64 ss. La citazione è a pp. 70 s. Vd. peraltro le osservazioni svolte da D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, ivi, pp. 142 ss., nel senso dell'impraticabilità di questa tesi, contraria a tutta la storia dei diritti umani.

⁸⁴ Ignatieff, *Una ragionevole* cit., pp. 96 s.

La tesi era peraltro già in I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 185 – 245.

⁸⁵ La richiama il prof. Pulitanò nella sua *Relazione*.

Poi prosegue: «Diremo allora che una tesi universalistica sui diritti umani mira a proteggere le persone per ciò che può loro accadere nello spazio del male e non deve invadere lo spazio dei beni umani. I diritti umani picchettano e perimetrano, come scudi per esseri umani, la regione del male»⁸⁶.

Si tratta di tesi ragionevoli e coraggiose: forse le uniche capaci di ricomporre, semplificandola, la intricata materia o comunque di arginare la propensione alla *litigiosità* (fino a poco tempo fa insospettabile) che stanno manifestando i diritti. Almeno per chi è, come noi, profano della materia, appare tuttavia irrealistica un'inversione di tendenza rispetto al fenomeno, in questo momento potentissimo, di produzione, quasi a getto continuo, di "nuovi diritti"⁸⁷. Non ci si riesce cioè a liberare della sensazione che l'operazione avrebbe uno sgradevole retrogusto reazionario tale da renderla impopolare, e dunque scarse *chance* di successo. Resterebbe poi la *stranezza* di un percorso la cui grandiosità era nella progressiva espansione delle sue conquiste e che dovrebbe cedere *sua sponte* territori di civiltà già acquisiti.

Anche laddove si adottasse la prospettiva suggerita dagli autori citati, si dovrebbero definire i contorni di quel che dobbiamo assumere come *male*. Il problema del pluralismo etico sarebbe cioè ridimensionato ma non risolto⁸⁸.

86 S. Veca, *I diritti umani e la priorità del male*, in Ignatieff, *Una ragionevole cit.*, pp. 121 ss. ID., *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, Feltrinelli, 2005.

Le impostazioni minimalistiche si stanno facendo strada anche all'interno di un'attenta dottrina costituzionalistica italiana. Per tutti, Cartabia, *L'universalità dei diritti cit.*, pp. 558 ss.

87 Commentando Rawls, Tasioulas ritiene peraltro che la sua impostazione non superi il test di *fedeltà* al contenuto delle Carte, che esprime invece una cultura dei diritti ben più ampia. Tasioulas, *Cosa è un diritto umano cit.*, p. 123.

88 Sul punto M. Cartabia, propone di ricorrere alla *dinamica del riconoscimento* che, attraverso il confronto con il diverso, consente di meglio riconoscere, all'interno delle proprie idee, ciò che è immanente, distinguendolo da ciò che è culturalmente condizionato, ed agevola così l'incontro tra diverse visioni nonché l'individuazione di una base comune. Cartabia, *L'universalità dei diritti cit.*, pp. 562 ss.

Anche noi pensiamo invero che quello della delimitazione sia il problema minore. Pur consapevoli delle problematiche implicazioni di ciò che stiamo per sostenere, per tentare di ridurre i profili problematici del multiculturalismo, si potrebbe in prospettiva guardare ad alcune conquiste neuroscientifiche in tema di meta-etica. È stata infatti sviluppata l'idea di una sorta di *grammatica morale universale* evolutasi negli esseri umani secondo il modello darwiniano, che consentirebbe di operare istintivamente (sulla base di un *arousal* emotivo) alcune scelte a forte tasso di eticità (negli Stati Uniti, una ponderosa applicazio-

4. La risposta procedurale: chi fa l'arbitro?

Per uscire dall'aporia brevemente tratteggiata, è dunque giocoforza adottare una strategia alternativa – anch'essa *minimalista* – e spostare il discorso sul (diverso) piano *procedurale*⁸⁹: delle regole necessarie per risolvere gli ineliminabili conflitti e per decidere a chi spetti assumersi la responsabilità delle decisioni *difficili*.

In una prospettiva in cui si consolida il sospetto che le decisioni non possano vantare fondamenti o giustificazioni insuperabili, la “madre delle regole”, e cioè la regola più garantista per la collettività, appare chiaramente quella cui è affidata l'individuazione dell'organo preposto alla *stipulazione*. Torniamo così al discorso iniziale: a chi spetta la decisione sull'esistenza e sulla determinazione dei contenuti dei singoli diritti e – si è visto che questo è l'altro lato della medaglia – sulla loro ordinazione gerarchica?

Sappiamo che una parte della dottrina gius-filosofica (di stampo positivista) difende (brillantemente) le impostazioni procedurali della democrazia, denunciando il rischio che – diversamente – le scelte sui diritti fondamentali risultino espropriate al Parlamento, il quale rappresenterebbe ancora, tra i vari organi possibili, quello che assicura le garanzie maggiori per il cittadino⁹⁰

ne di questo principio si trova già in materia di studi economici, anche con riferimento al penale). La proposta, meno stravagante di quanto appaia a prima vista, potrebbe recare ad esempio contributi alla soluzione di questioni inerenti appunto alla gestione dei diritti fondamentali. Esemplificando con riferimento alla pena di morte – tema classicamente interessato dal dibattito sui diritti fondamentali (per tutti, P. Costa, a cura di, *Il diritto di uccidere*, Milano, Feltrinelli, 2009) - trasportare mentalmente il momento della sua esecuzione dallo scenario impersonale in cui di solito lo collochiamo nella nostra fantasia ad uno scenario personale in cui noi stessi fossimo chiamati a darle attuazione, aiuterebbe probabilmente a *decodificare* e poi ad annullare quello che è solitamente (superficialmente) etichettato come il bisogno psicologico di vendetta e – in una versione terminologica che mira a nobilitarlo – la richiesta di giustizia della vittima, dei suoi parenti e della collettività tutta. Il che, almeno nei contesti culturali (come quello americano) in cui la previsione della pena di morte non affonda nella connessione tra diritto e religione, aiuterebbe forse ad abbattere le ultime motivazioni (poco nobili e discendenti dalla ricerca di consenso elettorale) a suo sostegno. Su questo specifico punto, *amplius*, O. Di Giovine, *Noterelle “neuro-penalistiche” intorno alla presentazione del volume “Il Diritto di uccidere” curato dal prof. Pietro Costa (Foggia, Facoltà di Giurisprudenza, 8 aprile 2011)*, in *La Corte d'Assise*, 2011, pp. 109 ss.

89 Pintore, *Diritti insaziabili* cit., pp. 180 ss.

90 J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, a cura di A.

(tale posizione, definita «una minoranza combattiva»⁹¹ nel suo ambito disciplinare, esprime il punto di vista della dottrina penalistica ancora maggioritaria, sebbene non più compatta come fino a pochissimi anni orsono).

La gran parte degli autori ritiene invece che negli Stati costituzionali contemporanei non possa disconoscersi che un ruolo centrale nella *gestione* dei diritti fondamentali spetta al giudice, in funzione concorrente, quando non esclusiva, con gli altri poteri dello Stato.

Tale consapevolezza sembra essere discesa:

– per quanto concerne il sindacato accentrato delle Corti costituzionali, dal cambiamento intervenuto nel modo di vedere la Costituzione, il cui ruolo è stato valorizzato, ad esempio in Italia, a partire dagli anni Sessanta. Essendosi ritenuto che la Costituzione è suscettibile di immediata applicazione – direttamente o per l’influenza che esercita sulla lettura dei testi di legge ordinaria – e parlando la stessa un linguaggio vago ed indeterminato, va da sé che l’organo istituzionalmente preposto a riempire di senso tale linguaggio assumesse un ruolo sempre più protagonista. Un’ulteriore accelerazione è stata poi impressa – come più volte già sottolineato – dal processo di *europizzazione* dei diritti interni;

– per quanto riguarda i giudici ordinari, da una rinnovata concezione dell’atto interpretativo, non più applicazione meccanica del dettato testuale che già tutto prevede, bensì delicato fenomeno di creazione *guidata*, da cui non sono eliminabili spazi di discrezionalità.

Ora, è innegabile come questa idea, che campeggia al centro del concetto di democrazia costituzionale (da tempo dominante ad esempio negli Stati Uniti), comporti un effetto «insieme semplice e sconvolgente», e cioè «una frattura profonda tra l’organizzazione sociale del diritto quale potere e la struttura del diritto come significato. Il carattere indeterminato e, non di rado, incontrollato del significato esercita un’influenza destabilizzante sul potere»⁹².

Essa introduce tuttavia quello che, secondo noi, dovrebbe costituire invero il punto di partenza (non di arrivo) nella discussione.

A nostro avviso, la domanda non è *quale sia il modello preferibile*. Non è più il caso di chiedersi, cioè, quale organo – se il Parlamento oppure i giudici – sia in grado di meglio individuare i diritti fondamentali e di definirne i confini. Ciascun modello presenta vantaggi e svantaggi; la bontà di ciascuno dipende

Pintore, Milano, Giuffrè, 2001 (or. 1999); ID., *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; Pintore, *Diritti insaziabili* cit.; EAD., *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁹¹ Schiavello, *Diritti umani* cit., p. 135.

⁹² Viola, *Interpretazione giuridica, diritti umani* cit., 192, che cita a sua volta R.M. Cover, *Nomos and Narrative*, «Harvard Law Review», 97, 1, 1983, p. 18.

dall'uso che se ne fa: ma, pur con tutti i limiti della democrazia rappresentativa, possiamo ancora concordare con chi sostiene che, in fondo, rispetto agli altri, il Parlamento rappresenti l'organo più *legittimato a sbagliare*.

La domanda diviene, piuttosto: *qual è l'unico modello possibile?*

Fintanto che ha dominato l'illusione di poter definire anticipatamente (*in astratto*) le gerarchie tra diritti, i rapporti tra gli stessi (in termini di regolamentazione o di negazione) ed il relativo contenuto (come *libertà da* oppure anche *libertà di*), era senza dubbio plausibile affermare che l'organo più adatto a decidere fosse il Parlamento (nazionale o europeo). Ma quella prospettiva muoveva dall'idea ingenua, se non "strana"⁹³, che i diritti fossero intrinsecamente limitati (teoria dei c.d. limiti impliciti dei diritti fondamentali) o limitabili e supposeva fosse possibile *rilevare*, mediante un'operazione neutralmente tecnica, l'ambito di applicazione di un diritto, individuandone i confini (es.: la libera manifestazione del pensiero non comprende la possibilità di esprimere dichiarazioni false o offensive) oppure esplicitandone le eccezioni (es: la manifestazione del pensiero è libera *a meno che non offenda l'altrui onore*)⁹⁴.

Oggi invece, anche a seguito della loro *esplosione*, quasi tutti concordano sull'impossibilità di pronosticare le molteplici combinazioni tra (sempre più numerosi) diritti, il grado di compressione che ciascuno deve subire quando si scontra con un suo *simile* e i contenuti positivi di cui deve riempirsi per poter essere concretamente attuato (esercitato). Davvero troppo elevato è il rischio che l'operazione di delimitazione in astratto si riveli sovra- o sotto-inclusiva⁹⁵.

A ciò si accompagna la consapevolezza che

l'individuazione dei limiti di un diritto non è mai un'operazione logica o definitoria, ma è piuttosto un'operazione valutativamente connotata, che presuppone una serie di giudizi di importanza comparativa tra il diritto da definire e altre possibili considerazioni. L'individuazione dei limiti impliciti, "naturali", "logici", segue (e non esclude) un bilanciamento

93 Così la definì V. Crisafulli, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1965, p. 246.

94 Esempi "liberamente tratti" da Pino, *Diritti e interpretazione* cit., p. 157, che li considera espressione di una strategia di "categorizzazione" dei diritti fondamentali.

95 Il più celebre tentativo di risolvere in astratto il conflitto tra diritti, ricorrendo a formule aritmetiche ed all'assegnazione quantitativa di peso alle possibili variabili è in R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A structural Comparison*, «Ratio iuris», 2003, vol. 16, pp. 433 ss.

tra diritti in conflitto, o meglio è logicamente equivalente ad un bilanciamento»⁹⁶. Bilanciamento che, si noti, possedendo una connotazione dichiaratamente assiologica, è inoltre espressamente qualificato come un ragionamento morale, seppur con «restrizioni»⁹⁷.

Siffatto bilanciamento implica quindi un tasso di discrezionalità se non spesso di intuizione, ma proprio per questo impone a chi lo compie di accompagnarlo con una *giustificazione*, il che rende l'esito del giudizio suscettibile di controllo pubblico e quindi più *democratico* rispetto ad operazioni fintamente tecniche e quindi apparentemente blindate sul piano argomentativo.

Dalle considerazioni svolte deriva soprattutto che l'impossibilità di soppesare in astratto tutte le possibili variabili rende tali valutazioni assiologiche *comparative*, in quanto bisognose del confronto con altra grandezza, e *contingenti*, nel senso che vanno compiute *di volta in volta*, con riferimento alle situazioni *concrete* (ai diritti contrapposti oppure ad altri profili dello stesso diritto). Ora, poiché il soggetto preposto (in qualunque ordinamento) alla conoscenza del fatto è l'interprete del diritto, figura al cui interno spicca, per il ruolo che svolge, il giudice, è evidente che costui non può essere estromesso dalla partita sulla definizione dei diritti fondamentali, ma che in essa gioca, al contrario, un ruolo di tutto rilievo⁹⁸.

4.1 *La creazione dei diritti per opera del diritto giurisprudenziale*

Il giudice dunque ricomponete le antinomie nel concreto della singola vicenda storica e secondo la logica del caso per caso. Non potrebbe essere diversamente.

Questo processo però non argina ma, al contrario, asseconda e favorisce la nascita di nuovi diritti, proprio perché consente al demiurgo di operare liberamente da altri condizionamenti, da comparazioni astratte con altre situazioni meritevoli di tutela, assoggettandolo soltanto alle condizioni dettate dal caso.

⁹⁶ Pino, *Diritti e interpretazione* cit., p. 161.

⁹⁷ Pino, *Diritti e interpretazione* cit., *passim* e in part., p. 198; pp. 211 ss.

⁹⁸ Accentua tale aspetto Viola, *Interpretazione giuridica* cit., pp. 187 ss.; in part. pp. 192 ss. Secondo Pino, *Diritti e interpretazione* cit., pp. 169 ss. non sarebbe vero che il bilanciamento può essere operato soltanto in concreto, potendosi astrattamente immaginare tipologie generiche di casi e casi paradigmatici. Questo è senz'altro vero, ma, a nostro avviso, non toglie che la valutazione sia svolta anche in tali ipotesi (sebbene un po' meno) in concreto.

Abbiamo già ricordato che la vicinanza con il fatto ha, a nostro avviso, il *pregio di umanizzare* il diritto, consentendo di passare dal piano del precetto astratto e della regola di comportamento alla valutazione del caso concreto: ad un piano, cioè in cui la dimensione umana dell'interprete non può restare indifferente alle persone, agli interessi specifici, alle situazioni di vita e a volte di dolore in cui si imbatte e che producono *emozioni*.

Se questo è vero, la vicinanza con il fatto, mettendo in luce la dimensione equitativa del diritto, funge altresì da lubrificante psicologico per la creazione giurisprudenziale di diritti nuovi (oltretutto –si perdoni la malizia – poco onerosi per chi li crea).

Si generano dunque nuove occasioni di conflitto che possono essere risolte a loro volta in concreto. Così via, in una spirale infinita.

Che il fatto concorra a pari titolo con l'enunciato testuale all'interpretazione e quindi alla creazione del *diritto* ma anche, e forse di conseguenza, alla enucleazione di nuovi *diritti* è già innegabile guardando al diritto penale interno.

Diviene poi lampante se, mutando ancora una volta l'angolo di osservazione, ci concentriamo sulla giurisdizione sovranazionale ed in particolare alla giurisprudenza della Corte EDU, dalla quale muovevano queste riflessioni.

Nell'ambito della CEDU, infatti, i diritti fondamentali hanno sempre avuto – anche a livello di ricostruzione teorica – una struttura aperta ed un contenuto elastico. La Corte EDU, libera dagli schemi culturali che hanno condizionato il giurista di impronta illuministica, ha sempre ragionato e dichiarato di ragionare secondo la logica del *case by case*, cercando giustificazioni ed indagando i limiti in una prospettiva assiologica e *contingente*, legata cioè alle situazioni concrete.

Ovviamente un simile approccio, nel caso della Corte EDU, è ancor più giustificato in quanto nasce da una necessità, dovendo i giudici confrontarsi con sistemi giuridici tra loro profondamente diversi, la conoscenza dei cui complessi meccanismi di funzionamento (nella risultante delle varie direttrici) non è nemmeno immaginabile né quindi esigibile.

Non ci si nasconde che, sebbene questo *modus procedendi* abbia portato a risultati apprezzati anche dai penalisti⁹⁹, la situazione potrebbe presto mutare. Da più parti si evidenzia che la Corte EDU sta ancora attraversando quella fase aurea che il nostro costituzionalismo ha conosciuto quarant'anni orsono, e ciò probabilmente anche grazie al fatto che il suo contenzioso è stato tutto sommato contenuto. La Corte si è dunque potuta finora permettere il *lusso* di

⁹⁹ Da ultimo, F.M. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, «Cassazione Penale», 2011, pp. 794 ss.

un *attivismo giudiziario*, ma non è difficile immaginare che, anche a seguito dell'aumento del numero dei ricorsi, la complessità del reale e degli assetti giuridici si riversi all'interno della sua giurisdizione, e che qui esplodano le stesse contraddizioni che si sono viste caratterizzare i sistemi nazionali.

Le prime avvisaglie sono state d'altronde già segnalate. La relazione della prof.ssa Cartabia ha mirato e colpito al cuore del problema, laddove ha sottolineato come il bello della creazione normativa ad opera della giurisprudenza, e cioè lo stretto intreccio tra fatto e diritto, si stia traducendo in un potente fattore di complicazione. Dalla recente giurisprudenza CEDU sono stati tratti gli esempi del diritto ad accedere alla procreazione assistita anche nel caso di fecondazione eterologa¹⁰⁰ e dell'apertura verso il matrimonio per le coppie omosessuali. La tesi è che l'Europa stia ricalcando le orme del fenomeno dei *total rights* statunitensi.

In effetti, sancita la nascita di un nuovo diritto in un caso concreto – non dimentichiamo che anche la giurisprudenza CEDU ha per noi rilievo costituzionale –, il passo perché esso venga esteso in una situazione analoga si accorcia. *Step by step*, il sistema comincia così a riempirsi di diritti che, dato il poco spazio in cui si muovono, entreranno sempre più spesso in collisione, sino a produrre paradossi, come nei casi di c.d. “discriminazione al contrario”.

Si pensi alle situazioni normative in cui, per assicurare l'accesso ad alcune professioni alle donne, che ne erano tradizionalmente escluse, si impone di assegnare la preferenza ad esse, a parità di merito con i candidati maschi¹⁰¹.

Ed è facile immaginare anche come, oltre al *deficit* di certezza, nella migliore delle ipotesi il progressivo ampliamento dei diritti produca l'effetto indesiderato di una loro sempre minore effettività.

Le motivazioni del fenomeno non sono però forse soltanto di natura emulativa: addebitabili cioè esclusivamente alla mutata temperie culturale che in Europa starebbe portando ad assimilare le matrici ideologiche liberali ed individualistiche di derivazione anglosassone.

Azzardiamo l'ipotesi che la proliferazione dei diritti rappresenti la conseguenza *fisiologica* e tutta *umana* della progressiva avanzata del giudice sul

100 Corte EDU 1 aprile 2010, n. 57813/00, *S.H. e altri vs Austria*.

101 Uno di questi casi è giunto all'attenzione della CGUE (si trattava della nomina del responsabile del settore giardini di Brema) che ritenne la normativa (il *Bremen Act*) discriminatoria (CGUE, 17 ottobre 1995, caso C-450/93 *Eckhard Kalanke vs Freie Hansestadt Bremen*).

proscenio della normazione giuridica e della naturale interposizione, nel giudizio sul *fatto*, della sua sensibilità anche *emotiva*. Il dato che l'indagine sia naturalmente delimitata dalle circostanze fattuali del caso da decidere acuisce infatti la responsabilità del decidere, ma può fungere, nel contempo, da schermo psicologico rispetto alle conseguenze politiche (politico-criminali) delle azioni del giudicante.

Si sta insomma ipotizzando che la fame dei diritti e di diritti sia quanto meno assecondata dallo spostamento della legalità sul versante del giudizio o che ne costituisca addirittura un effetto naturale.

4.2 *Dalla proliferazione dei diritti alla proliferazione degli arbitri. A quale giudice attribuire l'arbitraggio in materia di diritti fondamentali?*

La giurisprudenza della Corte EDU richiama l'attenzione su un'ultima questione, a questa correlata.

Mentre cioè i penalisti discutono dell'opportunità di ciò che è già realtà – e cioè della lapalissiana centralità del giudice nella formazione del diritto e quindi dei diritti fondamentali – la giurisprudenza è lasciata (ancora una volta) sola nel suo difficile tentativo di trovare un punto di equilibrio nell'organizzazione della giurisdizione *multilivello*¹⁰².

I problemi non derivano dalle *differenze* nelle giurisdizioni della Corte costituzionale e degli organismi di giustizia europea.

La Corte costituzione è *giudice delle leggi* e dunque conosce dell'attuazione dei diritti fondamentali, ma soltanto per il tramite di tale *medium* (non sfugga peraltro che alla Consulta si deve l'elaborazione in tema di *diritto vivente* e cioè il riconoscimento di come formante legislativo e formante giurisprudenziale concorrano nella formazione della norma).

La Corte EDU si rapporta ai casi concreti. Si interessa e giudica direttamente della violazione dei diritti. Guarda cioè – *omisso medio* – all'applicazione pratica, che è quanto dire giurisprudenziale (forse per questo è stata a lungo *snobbata* dal diritto penale italiano).

La CGUE, quanto ai rinvii pregiudiziali, dovrebbe occuparsi di fornire una *interpretazione autentica* delle fonti normative europee, sebbene è ovvio che li leggerà anche alla luce della giurisprudenza sui diritti fondamentali della Corte CEDU.

¹⁰² Vd. Corte cost. 7-11 marzo 2011, n. 80. Lamenta il silenzio che si registra anche della manualistica sulla nuova fisionomia del capitolo sugli obblighi costituzionali di tutela penale Viganò, *L'arbitrio del non punire* cit., p. 2651.

Le difficoltà derivano piuttosto dalle somiglianze¹⁰³. Più nel dettaglio, alquanto problematiche si stanno rivelando le possibili interferenze tra le funzioni degli stessi organi europei e tra queste e quelle del giudice ordinario. Una volta assodato che la parola ultima deve spettare al giudice, si tratta in definitiva di stabilire quale sia quello più qualificato in materia di diritti fondamentali.

Al tema, complesso, è possibile qui soltanto accennare. Sullo sfondo si staglia da tempo l'alternativa tra sindacato accentrato e sindacato diffuso, e quest'ultimo si sta (a mio avviso pericolosamente) affermando nelle ipotesi di contrasto tra la normativa interna e quella dell'Unione Europea (con l'avallo di una stimata dottrina¹⁰⁴). Laddove la soluzione della disapplicazione – teoricamente percorribile, ora che anche la giurisprudenza della Corte EDU costituisce fonte del diritto – venga estesa alle fonti convenzionali sovranazionali e, addirittura, ai casi di contrasto con la giurisprudenza Corte EDU¹⁰⁵, i già gravi problemi richiamati in relazione al rispetto del principio di eguaglianza e all'esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale si amplificherebbero in una misura esponenziale e forse non *penalisticamente sostenibile*. E' infatti evidente che la soluzione del sindacato diffuso è molto agile ed anche comoda (l'unica realistica se non già *reale*); essa accresce però gli spazi di discrezionalità dei giudici, già di loro molto lontani dalla cultura del precedente, chiamandoli ad apprezzare, di volta in volta, la sussistenza di tale

103 Le analogie tra le modalità argomentative della Consulta e quelle della Corte europea sono evidenziate ad esempio da V. Onida, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 106.

104 F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2010, pp. 560 ss.; F. Viganò, L. Masera, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano*, «Cassazione Penale», 2010, pp. 1710 ss. Vd. inoltre gli interventi degli autori sulla rivista telematica *Il diritto penale contemporaneo*.

105 Prospetta tale eventualità, seppur problematicamente, Manes, *La lunga marcia* cit., p. 2426. Propende allo stato per la soluzione negativa S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, *ibidem*, pp. 2409 ss. Ai due autori si rinvia per un quadro aggiornato delle possibili interferenze tra normativa europea e normativa interna.

Una saggia difesa del meccanismo delineato nei suoi storici precedenti nn. 348 e 349 del 2007 è stata peraltro di recente proposta dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 80 del 2011, che testualmente esclude la "trattattizzazione" indiretta della CEDU.

contrasto e a disapplicare una norma la cui validità formale permarrebbe, con la conseguenza che altro giudice, animato da un diverso, pur argomentato, sentire, potrebbe invece farne applicazione in situazioni identiche (il rischio è amplificato dalla crescente complessità del contenzioso giuridico). Inutile chiosare che da questo intreccio la *prevedibilità dell'esito giudiziario*, appena consacrata come asse portante di un concetto rinnovato di legalità, uscirebbe invero piuttosto malconcia.

Il problema è presente alla letteratura sensibile al tema, la quale ha evidenziato come tale sindacato diffuso, già in sé problematico per le ragioni appena esposte, dovrebbe poi convivere con quello accentrato della Corte costituzionale, che ha invece effetto *erga omnes* e che è definitivo (nel senso che produce la rimozione della norma reputata illegittima dall'ordinamento). «E' quindi evidente il rischio di contraddizioni ed incoerenze nella materia delicatissima dei diritti fondamentali»¹⁰⁶.

Ce ne è abbastanza, pensiamo, per ritenere in (almeno in teoria) preferibile l'opzione a favore del sindacato accentrato. La soluzione sarebbe tutta da studiare e costruire, ma contribuirebbe a formare un metalinguaggio e, soprattutto, una cultura giuridica se non comune, quantomeno condivisa, agevolando in tal modo il difficile percorso dell'avvicinamento dei sistemi. Ed è inutile osservare che l'opera di collazione, limatura, ricomposizione ad opera di un interprete qualificato si rivelerebbe viepiù preziosa e utile in tema di diritti fondamentali. Diritti fondamentali che, insomma, qualunque cosa siano, lo sono nella loro concreta applicazione.

Abbiamo già argomentato perché si ha un urgente bisogno di una teoria del giudice. Con riferimento ai diritti fondamentali, aggiungerei ora soltanto che sarebbe meglio se, almeno per il momento e nelle more della sua sedimentazione, a decidere degli stessi siano in pochi e qualificati.

¹⁰⁶ V. Zagrebelsky, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, «Foro italiano», 2006, pt. V, cc. pp. 353 ss. Di recente e già con riferimento al meno problematico spazio UE, F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2011, n. 6, pp. 658 ss., ha giustamente notato come il diritto penale si caratterizzi per essere un *modo disciplina* più che un *campo di materia*; di conseguenza, provvedere alla disapplicazione della norma interna nei soli casi di contrasto con disciplina europea può dar luogo a vistose contraddizioni interne, considerato il carattere maculare della c.d. competenza penale dell'Unione europea. L'autore propone quindi di limitare i casi di disapplicazione della norma interna alle ipotesi di contrasto univoco con quella europea.

5. Conclusione

Sintetizzando. Il diritto penale è probabilmente il settore in cui la spinta propulsiva dei diritti fondamentali si è manifestata con maggiore ritardo, a causa delle resistenze opposte dalla nostra tradizione culturale all'avanzata del costituzionalismo moderno.

L'inclusione del diritto penale nell'orizzonte della democrazia costituzionale si sta tuttavia oggi realizzando anche in ambito penalistico, e ciò soprattutto grazie alla riflessione sui rapporti tra sistemi normativi nazionale e sovranazionale-europeo, riflessione a sua volta sollecitata dalla firma (il 13 dicembre 2007) e quindi dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009.

Un'ulteriore accelerazione è stata impressa dall'affermazione del c.d. *costituzionalismo multilivello*, la cui espressione ai nostri fini più significativa è rappresentata dalle due citate sentenze (c.d. gemelle) della Corte costituzionale.

Questo mutamento sta comportando (o comunque si è sviluppato di pari passo con) uno spostamento dell'attenzione, anche in ambito penalistico, sull'aspetto procedurale e sul soggetto chiamato alla *stipulazione* interpretativa.

Abbiamo cercato di illustrare come si tratti di un fenomeno inevitabile ed anche molto problematico, che va attentamente monitorato. Vorremmo ora prendere espressamente posizione su un punto, rimasto forse nell'ombra: tale fenomeno va valutato positivamente o negativamente?

Un giudizio ponderato dovrebbe ovviamente presupporre un attento bilanciamento dei vantaggi (dalla soluzione dei conflitti i diritti escono ridefiniti, riplasmati, accresciuti) e degli svantaggi (che in questa fase si collocano tutti sul piano del *vulnus* alla certezza e che appaiono francamente, almeno in prospettiva, allarmanti). Bilanciamento forse ancora impossibile.

Confidando però nella capacità di reazione e di auto-aggiustamento che in passato ha sempre dimostrato il sistema nel suo complesso, e quindi nella graduale soluzione dei problemi pratici dianzi evidenziati, tenderemo una conclusione che astragga dalla contingenza e si concentri sul messaggio culturale desumibile dalle note svolte in queste pagine.

La constatazione che la composizione delle contraddizioni che si sono viste segnare l'approccio al tema dei diritti fondamentali non può attuarsi su un piano astratto, ma soltanto su quello concreto, ha segnato altresì il passaggio dal *fondamento* alla *giustificazione* dei diritti fondamentali. E questa rico-

struzione – in ipotesi la meno coerente con la tradizione culturale penalistica – si sta rivelando, anche per il diritto penale, l'unica plausibile. Sembra cioè che si stia affermando, anche in tale settore, l'idea che la *giustificazione* dei diritti abbia a che fare con la *ragion pratica*, ambito cui sempre più spesso si ascrive il discorso giuridico in generale ed ovviamente, *a fortiori*, il discorso giuridico che voglia interessarsi di diritti fondamentali.

In tale prospettiva, questi ultimi cessano di essere un catalogo o una lista di valori fondamentali; non sono un codice di norme, bensì piuttosto una *pratica sociale*¹⁰⁷. O, quanto meno, acquistano una doppia dimensione morale: quella *statica*, più contraddittoria, di *regole* di comportamento imposte dall'alto; quella *dinamica*, e *diversamente problematica*, che si manifesta quando i diritti sono *messi in moto*.

Una volta in movimento, non si può impedire ai diritti di conquistare territori sempre nuovi: «L'etica dei diritti fa aumentare la possibilità di scelte tragiche [...], ma questo deve considerarsi come un progresso della coscienza etica»¹⁰⁸.

In una prospettiva siffatta, che rivendica in modo chiaro – seppur nell'accezione dianzi precisata (della ragion pratica) – una connessione tra diritti fondamentali e morale e quindi, per quel che qui interessa, tra questa e diritto penale (sempre sulla scia della dottrina citata), azzardiamo infine l'idea che il percorso non muova dalla natura umana, e quindi da una (qualunque) visione individualista, per giungere ai diritti. Ma che, al contrario, esso parta dai diritti (non in una loro inesistente dimensione astratta atemporale ed aspatiale, ma per come identificati nei singoli casi) per costruire un concetto di essere umano ... ed anche un concetto di eguaglianza *ragionevole* in quanto basato sulle differenze¹⁰⁹.

La grande novità dei diritti umani – è stato da tempo evidenziato – sta «nel passaggio dalla considerazione dell'uomo come concetto astratto a quella dell'uomo nelle sue diverse fasi della vita e nei suoi diversi stati»¹¹⁰: una specificazione graduale che ha consentito di sostituire una nozione esangue e suscettibile di essere variamente delimitata sulla base dei parametri culturali

107 Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea* cit., p. 200.

108 Viola, *Metaetica* cit., p. 157.

109 Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea* cit., pp. 205 ss., il quale afferma: «Nella storia l'uomo prende posizione nei confronti di se stesso e si auto-comprende, correggendo progressivamente se stesso» (p. 205).

110 Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., Introd., XV.

condizionanti la conoscenza nei vari momenti storici (emblematica l'esclusione delle donne) con concetti sempre più specifici che, *delimitando, includono*.

E' innegabile che tale segmentazione complichino il problema dell'attuazione dei diritti. Al di là di ogni considerazione sul valore *psicologico* che anche la sola mera declaratoria di un diritto ha per chi ne sia titolare (e che si vede così se non altro rassicurato quanto alla bontà del suo progetto di vita¹¹¹), ci piace però concludere, forse banalmente, che un ordinamento il quale riconosca tanti diritti, sebbene non tutti effettivi, è comunque preferibile ad un ordinamento in cui i diritti siano, semplicemente, pochi e/o di pochi.

111 Ancora Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea* cit., p. 207.

“DOVERE DI PUNIRE”? GLI OBBLIGHI DI TUTELA PENALE NELL’ERA DELLA INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Stefano Manacorda

1. *Introduzione*

Gli obblighi di tutela penale rappresentano uno degli aspetti del più ampio fenomeno di “appello al diritto penale”, il quale deriva dall’incidenza crescente di vincoli di fonte internazionale sulle politiche criminali degli Stati, uno dei fattori di orientamento delle scelte punitive interne di maggior pregnanza in Europa. La categoria degli obblighi di tutela penale, pur condividendo, in tale quadro, taluni degli aspetti critici che caratterizzano l’insieme dei fattori espansivi della penalità – concorrendo segnatamente all’inflazione delle norme e alla strumentalizzazione potenziale delle risposte sanzionatorie per finalità eminentemente simboliche – assume una veste peculiare per la circostanza che la sua attuazione risulta largamente affidata all’autorità giudiziaria, la quale ne assicura l’esecuzione malgrado il tradizionale monopolio legislativo quanto alle scelte di incriminazione, il che finisce per aggiungere ulteriori profili di problematicità al fenomeno. A ben vedere, infatti, la costruzione ricorrente, ad opera dei giudici internazionali, di obblighi a carico delle autorità statuali per la protezione effettiva dei diritti dell’uomo, e più ampiamente di interessi ritenuti degni di tutela da parte della comunità internazionale, non ha risparmiato il sistema penale¹. La componente punitiva degli

1 Sul tema degli obblighi di tutela penale si veda in particolare, in prospettiva innovativa, C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, pp. 173 ss.; Id., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, Cap. III. Più di recente, con ricchezza di argomenti F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 243 ss.; Id., *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, vol. IV, 2011, pp. 2645 ss.; Id., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot (a cura di),

ordinamenti giuridici interni, viceversa, si è trovata in prima linea all'interno della dinamica di attuazione degli imperativi di fonte internazionale, profilandosi – a torto o a ragione – come l'arma dotata di maggiore efficacia per la promozione e la protezione di valori di alto rango ed in modo particolare dei diritti dell'uomo².

Prendendo le mosse proprio dallo sviluppo di obblighi di tutela penale in un'epoca recente, l'analisi che qui si propone intende delineare i caratteri salienti ed i profili critici di tale meccanismo espansivo della penalità. Il che esige di sottolineare, in prima battuta, gli *elementi di novità che discendono dalla internazionalizzazione degli imperativi di penalizzazione*, concentrandosi sul diritto alla vita (par. 2).

Nel tentativo di chiarire le implicazioni del tema, occorrerà in primo luogo definire una tipologia degli obblighi di tutela penale così come si sono profilati in epoca recente. Ciò condurrà a constatare che, se è senz'altro vero che tali obblighi sono stati evocati in maniera costante per garantire la trasposizione efficace di un nucleo considerevole di norme internazionali, si deve registrare una *progressiva frammentazione del concetto*, derivante dalla sua natura proteiforme e dalla grande varietà di giudici che ad esso fanno ricorso (parr. 3-6).

Inoltre, mentre il successo dottrinale degli obblighi di tutela penale nell'epoca della internazionalizzazione non può essere ragionevolmente messo in dubbio, una analisi più attenta deve essere condotta per quel che riguarda i *reali effetti di incriminazione indotti sul terreno del diritto alla vita* (parr. 7-8). Uno sguardo ravvicinato, infatti, permetterà di constatare che gli effetti espansivi della penalità, in termini di creazione di fattispecie incriminatrici di nuovo conio, sono relativamente limitati, e ciò in ragione della struttura propria del diritto alla vita e dei limiti inerenti agli obblighi positivi in generale.

«*Devoir de punir?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, 2013, pp. 53 ss. In prospettiva complementare, per il ruolo dei diritti fondamentali negli assetti del sistema penale, cfr. O. Di Giovine, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, pp. 1474 ss.

2 Sul ruolo dei diritti dell'uomo nell'ambito del sistema penale, cfr. – in una letteratura sterminata e da punti di vista molto variegati – M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999. Vedi anche sull'uso della forza per l'attuazione dei diritti umani M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003.

Infine, si tratterà di chiedersi se il dispiegarsi degli obblighi di tutela penale si sia realizzato nonostante i rapporti tendenzialmente dialettici che l'estensione della penalità rischia di intessere con i principi fondatori della materia. L'analisi di tali principi, e segnatamente dei criteri di legittimazione dell'intervento penale, quali la sussidiarietà, la proporzione l'offensività, mostrerà che – pur essendo sottoposti a tensioni significative – *grandi principi del diritto penale mantengono la loro capacità di resistenza*, nel senso di operare in termini contrari all'estensione indiscriminata della penalità, svolgendo così la perdurante la funzione di bastioni contro l'arbitrio, funzione per la quale essi sono stati storicamente elaborati (parr. 9-12).

Anticipando la conclusione alla quale si perverrà al termine di questo studio, la tesi secondo la quale l'internazionalizzazione e la giurisdizionalizzazione crescenti avrebbero dato luogo ad un vero e proprio “dovere di punire”, che le autorità statuali dovrebbero eseguire senza discutere, deve essere pertanto rigettata. Ulteriormente priva di fondamento è l'idea, ancora più estrema, di un “diritto di punire” di cui le vittime dei reati sarebbero titolari rispetto allo Stato, il quale sarebbe allora chiamato a darvi pura e semplice attuazione. Il dibattito dottrinale che ha accompagnato gli obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali ha, in realtà, contribuito a dilatare in termini eccessivi le frontiere della categoria ed il successo degli obblighi di incriminazione sembra essere più la conseguenza involontaria di una certa sopravvalutazione del concetto che il segno del declino della divisione dei poteri e delle garanzie individuali.

2. *L'emersione di obblighi di tutela penale “di nuova generazione”?*

Il diritto alla vita come banco di prova

Il fenomeno degli obblighi di tutela penale non è nuovo, svelando al fondo un volto ben noto del potere punitivo: il legislatore non dispone di una libertà assoluta nelle sue scelte di protezione dei beni giuridici, risultato questo di un'evoluzione storica che ha visto il legicentrismo stemperarsi progressivamente, all'interno di un reticolo di *checks and balances* nazionali ed internazionali. Se, tuttavia, limiti all'esercizio del potere punitivo sono emersi da lungo tempo come argine all'arbitrio legislativo, l'esistenza di vincoli positivi all'operato del legislatore penale si è invece affermata soltanto a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, in attuazione di imperativi di fonte costi-

tuzionale promananti essenzialmente dalla *Grundgesetz* tedesca e dalla Carta costituzionale italiana³, portatrici entrambe di impulsi di natura solidaristica atti a forzare le strette maglie della penalità sussidiaria. Ma, mentre la fase costituzionale degli obblighi di incriminazione è stata segnata da una resistenza acuta da parte della dottrina penalistica maggioritaria (come pure di qualcuno dei costituzionalisti chiamati a pronunciarsi in quegli anni), è agevole constatare come oggi si riscontri un ventaglio di opinioni più variegato, da parte di taluni finanche un atteggiamento ottimista, o più apertamente entusiasta, di fronte a questo nuovo fattore di accelerazione della penalità⁴.

Un tale successo – perlomeno dottrinale – degli obblighi di tutela penale si è registrato allorché è intervenuto un mutamento di prospettiva, vale a dire quando le fonti interne, di natura costituzionale, sono state affiancate dalle fonti internazionali, dotate di un raggio di applicazione diversificato e accompagnate dalla presenza di giudici chiamati a garantirne l'applicazione e a sanzionarne l'eventuale violazione.

Ci si può allora domandare se un tale mutamento nelle fonti dalle quali promana l'obbligo possa costituire una giustificazione sufficiente per considerare gli input alla penalizzazione derivanti dal diritto internazionale come realmente innovativi sul piano degli effetti che da essi discendono. Mentre la prospettiva della Carte e delle Corti costituzionali aveva registrato globalmente un insuccesso, saremo oramai in presenza di “obblighi di nuova generazione” promananti dalle decisioni dei giudici internazionali ed europei suscettibili di registrare un consenso generalizzato? L'innalzamento del livello delle fonti, o meglio della loro portata territoriale, permetterebbe di superare le obiezioni di principio che hanno contraddistinto la prima fase (interna e costituzionale) di tale fenomeno di inquadramento della potestà legislativa, sebbene un tale mutamento di livello non corrisponda necessariamente ad un innalzamento del rango della fonte? L'ipotesi può essere verificata prendendo

3 Cfr. specialmente D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 484 ss. e più recentemente V. Manes, *Cour constitutionnelle italiene et obligations de protection pénale*, in «*Devoir de punir?*», *op. cit.*, pp. 79 ss.

4 Si vedano in particolare Viganò, *Obblighi convenzionali cit.*, pp. 243 ss.; Id., *L'arbitrio del non punire cit.*, pp. 2645 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009; D. Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, «*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*», 2011, pp. 575 ss.

in considerazione l'evoluzione che si è registrata sul terreno dei valori che si situano al vertice della gerarchia e segnatamente del diritto alla vita, vera e propria costante di questa dinamica espansiva della penalità e elemento di continuità tra le due fasi storiche, costituzionale ed internazionale.

Quarant'anni orsono, tra i beni giuridici principali per i quali si discuteva della necessità di garantire una tutela penale in virtù di un obbligo costituzionale (vero o presunto, e comunque sovente posto in termini meramente impliciti dalle norme), spiccavano l'ambiente ed il diritto alla vita: rispetto ad entrambi il legislatore dell'epoca sembrava essere in ritardo, lasciando così spazio ad un ruolo sostitutivo da parte dei giudici.

La portata del dibattito che accompagnò le due questioni non fu certo la medesima, in ragione della dimensione ideologica che caratterizzava l'una e l'altra, nonché delle diverse conseguenze giuridiche che ne discendevano⁵. La tutela penale dell'ambiente – la cui importanza cominciava lentamente ad emergere – corrispondeva essenzialmente ad un'esigenza fortemente percepita a partire da posizioni politiche progressiste: si trattava di spingere il legislatore ad abbandonare quell'atteggiamento di inerzia, che aveva contraddistinto sino ad allora il suo intervento in materia, e di condurlo verso l'adozione di nuove fattispecie incriminatrici in un settore nel quale veniva progressivamente a delinearsi la consapevolezza della importanza delle implicazioni per il benessere dell'uomo e per le generazioni future. Di converso, rispetto al diritto alla vita, l'adozione di nuove misure penali era sostenuta essenzialmente da quanti muovevano da posizioni ideologiche caratterizzate in termini conservatori o iscritte all'interno di una visione più sensibile ai valori religiosi. In quest'ultimo ambito, fu posta allora alle Corti costituzionali di diversi Stati la questione della eventuale illegittimità della depenalizzazione, realizzata per via legislativa o referendaria, che conduceva all'ammissibilità condizionata dell'interruzione volontaria di gravidanza: il quesito riguardava l'ipotetica contrarietà di siffatta opzione politico-criminale con obblighi di incriminazione per le lesioni del bene vita riconosciuto nelle carte costituzionali⁶. Come è noto, le risposte dei giudici costituzionali si differenziarono sul punto e diedero vita ad un acceso dibattito dottrinale.

5 Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., pp. 484 ss.

6 Cfr. *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, Giuffrè, 1976. Per il dibattito e le proposte dell'epoca cfr. M. Romano, F. Stella, *Aborto e legge penale: riflessioni e proposte*, Milano, Giuffrè, 1975.

Ancora oggi sono le medesime questioni a dominare la riflessione relativa agli obblighi di tutela penale, oramai solidamente iscritti sul piano internazionalistico. L'impulso alla tutela penale dell'ambiente è derivato di recente dagli strumenti dell'Unione europea, e su questo terreno sono state adottate le celebri pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Commissione c. Consiglio* del 2005 e del 2007, le quali hanno riconosciuto (entro certi limiti) il potere degli organi di Bruxelles di imporre agli Stati membri l'adozione di sanzioni penali mediante il ricorso allo strumento della direttiva⁷. Per quanto riguarda il diritto alla vita, nonostante il fatto che sia incontestabilmente situato al vertice delle priorità di qualsiasi legislatore nazionale, esso ha continuato a rappresentare un terreno nel quale la domanda di penalizzazione si è perpetuata, tanto su scala europea che internazionale. Iscritto in apertura dei principali strumenti di protezione dei diritti dell'uomo (si vedano in particolare l'art. 3 della Carta universale dei diritti dell'uomo, l'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 2 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, l'art. 4 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, l'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per limitarsi ai principali riferimenti), ed incluso nel nucleo dei diritti non derogabili, esso ha mantenuto una posizione di primo piano quale fondamento degli obblighi di tutela costruiti dalle corti internazionali⁸.

7 Si tratta delle celeberrime sentenze della Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea*, nelle cause C-176/03 del 13 settembre 2005, C-440/05 del 23 ottobre 2007. In dottrina: F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, «Diritto penale e processo», 2005, pp. 1433 ss.; F. Viganò, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: termini di una relazione (sempre più) problematica*, «Quaderni Costituzionali», 2006, pp. 366 ss.; L. Siracusa, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, «Diritto penale e processo», 2006, pp. 773 ss.; L. Siracusa, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, pp. 241 ss.

8 Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer* cit., pp. 575 ss.: «l'obligation de pénaliser se rencontre-t-elle particulièrement sur le terrain du droit à la vie qui bénéficie d'une protection particulière, la Cour imposant en la matière d'adopter une législation pénale dissuadant de commettre des atteintes contre la personne» e J. Alix, *La contrôle par la Cour de la sanction de l'atteinte à la vie*, in «Devoir de punir?», *op. cit.*, pp. 223 ss.; A. Bailleux, *L'incrimination des atteintes à la vie: mobiliser le registre des droits de l'homme?*, *ivi*, pp. 211 ss. *Amplius* F. Tulkens, *Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Libertés*,

In definitiva, la presenza, al contempo costante e problematica, del diritto alla vita nel dibattito sugli obblighi di protezione penale permette oggi di servirsene come “banco di prova” della nostra analisi. Questo diritto fondamentale di ogni uomo, apparentemente immutato nel tempo, rinnova perennemente il dibattito sui fondamenti del diritto penale e conduce a domandarsi se, dinanzi all’avanzata vera o presunta, degli obblighi di tutela penale, i principi dello *ius terribile* mantengano inalterata la loro capacità di resistenza.

3. *Giustiziabilità delle norme internazionali e sistema penale: dagli ‘obblighi positivi’ alla tipologia degli obblighi di tutela penale*

Gli obblighi di tutela penale – nell’accezione accolta in questo studio – non si identificano con la semplice richiesta promanante da disposizioni di fonte internazionale affinché siano adottate norme a contenuto penale, ipotesi che, a titolo esemplificativo, a tutt’oggi caratterizza la maggior parte delle convenzioni internazionali ed in passato si è configurata in relazione agli atti di Terzo pilastro dell’Unione europea. Tutti questi atti individuano precise ingiunzioni a carico dei legislatori degli Stati membri, anche a contenuto penale, ma non prevedono un meccanismo sanzionatorio nel caso di inadempimento.

In questa sede ci si limita ad adottare l’espressione di obbligo di tutela penale allorquando, accanto alla richiesta di prevedere norme penali a tutela di beni giuridici riconosciuti dalla comunità internazionale, sia altresì istituito un controllo giurisdizionale per garantire la attuazione dell’imperativo in questione da parte del legislatore nazionale, con l’eventuale previsione di conseguenze “negative” per lo Stato che possono giungere sino ad un potere di sostituzione ad opera del giudice. Una volta delimitata restrittivamente la categoria, può osservarsi che i luoghi privilegiati per l’elaborazione degli obblighi di tutela penale si rinvengono all’interno dei meccanismi regionali di tutela dei diritti dell’uomo, la cui intensità varia in funzione del grado di integrazione normativa e di efficacia del sistema di controllo che li caratterizza. Su questo terreno, un certo primato, al contempo dal punto di vista storico e per l’ampiezza degli effetti, va riconosciuto alla Corte europea dei diritti

Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1605 ss. e J. Yorke (a cura di), *The Right to Life and the Value of Life, Orientations in Law, Politics and Ethics*, Furnham, Burlington, Ashgate, 2010.

dell'uomo⁹: sebbene anche altre corti si siano riconosciute il compito di emanare obblighi di tutela penale a carico del legislatore, nessun'altra è giunta ad iscrivere tale elaborazione all'interno di un approccio dotato dei medesimi caratteri di sistematicità e coerenza¹⁰.

La Corte europea ha infatti largamente utilizzato la componente punitiva dei sistemi giuridici interni al fine di garantire i diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione¹¹, ed essa è giunta a tale risultato nell'ambito della elaborazione, molto più estesa e largamente tematizzata, degli "obblighi positivi"¹². Al fine di pervenire ad una tutela effettiva del nucleo dei diritti fondamentali di cui la CEDU garantisce il rispetto, gli Stati parte «non potrebbe(ro) limitarsi a rimanere passivi»¹³, ben potendosi rilevare che in taluni casi la loro semplice astensione si configura come un rimedio insufficiente¹⁴. È dunque in tale contesto che il diritto penale trova il suo riconoscimento: la preoccupazione di conferire una protezione efficace ai diritti fondamentali consacrati dai testi, poggiando sull'effetto utile, si è infatti tradotta nel riconoscimento di un ruolo prioritario al più severo degli strumenti sanzionatori di cui lo Stato dispon-

9 Cfr. ancora Viganò, *Obblighi convenzionali cit.*, pp. 243 ss.; Id., *L'arbitrio del non punire cit.*, pp. 2645 ss.

10 Sulla Corte di Giustizia dell'Unione europea cfr. A. Bailleur, J. Van Meerbeeck, *Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois*, in Y. Cartuyvels e al. (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 111 ss. e J. Tricot, *Cour de justice et obligations de protection pénale*, in «*Devoir de punir?*», *op. cit.*, pp. 113 ss.

11 Corte eur., *X e Y c. Paesi Bassi*, 26.03.1986.

12 F. Sudre, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, «*Revue trimestrielle des Droits de l'homme*», 1995, pp. 363 ss.; A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2004; J.-F. Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, no 7, Conseil de l'Europe, 2006; Y. Dumont, I. Hachez, *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal, op. cit.*, pp. 45 ss.

13 Corte eur., *Airey c. Irlanda*, 9.10.1979.

14 D. Spielmann, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. Sudre (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 133.

ga¹⁵. In tale ambito, in particolare, il diritto alla vita, riconosciuto dall'art. 2 CEDU, si è mostrato particolarmente adeguato a fondare una siffatta elaborazione, trattandosi dell'unica disposizione convenzionale che – nel disporre che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge» – prevede esplicitamente un intervento giuridico attivo da parte dello Stato.

Nella maggioranza dei casi, la CEDU ricorre ad *espressioni vaghe, senza riferirsi in maniera esplicita al diritto penale*. Così nella sentenza *Makaratzis c. Grecia* del 2004, sulla quale si avrà occasione di ritornare in seguito, essa sottolinea come il dovere di ciascuno Stato

di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico interno, le misure necessarie alla tutela della vita delle persone che ricadono sotto la sua giurisdizione [...], implica il dovere primordiale di garantire il diritto alla vita predisponendo un quadro giuridico e amministrativo suscettibile di dissuadere rispetto alla commissione di offese contro la persona, fondandosi su di un meccanismo di applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni¹⁶.

Talvolta, tuttavia, la Corte invoca esplicitamente la risposta penale e così, nel caso *Osman c. Regno Unito* del 1998 aveva già considerato che l'obbligo di mettere in opera una legislazione penale concreta è un «dovere primordiale», fondato sull'art. 2 CEDU che nessuno contesta¹⁷. Nel caso *Pretty c. Regno Unito* del 2007, la Corte ha aggiunto che «tale obbligo va al di là del dovere primordiale – che quindi non può essere revocato in dubbio – di garantire il diritto alla vita istituendo una legislazione penale concreta»¹⁸.

Un analogo meccanismo espansivo della penalità esiste anche a livello universale: attraverso il principio della complementarità, che combina sussidiarietà del suo intervento e incentivi agli Stati parte, la Corte penale internazionale esercita un certo controllo sulle risposte punitive nazionali. Ciò conduce ad un bisogno di conformità delle norme incriminatrici e delle disposizioni di parte generale rispetto allo Statuto che, secondo taluni, istituirebbe un vero e proprio obbligo di adeguamento a carico delle autorità statuali¹⁹, mentre per

15 S. Van Droghenbroeck, *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., pp. 75 ss.

16 Corte eur., *Makaratzis c. Grecia*, 20.12.2004.

17 Corte eur., *Osman c. Regno Unito*, 28.10.1998.

18 Corte eur., *Pretty c. Regno Unito*, 29.4.2002.

19 M. Delmas-Marty, *La Cour pénale internationale et les interactions entre le droit*

altri corrisponderebbe ad un semplice onere all'armonizzazione verticale²⁰, idoneo a porre un ostacolo alla giurisdizione sussidiaria della Corte a profitto dei tribunali interni. Centrale è, in tale contesto, la questione delle alternative valide al fine di soddisfare le condizioni dell'art. 17 St. CPI, e pertanto l'applicazione dei principi di adeguatezza e di equivalenza funzionale²¹.

Tra le Corti regionali dei diritti dell'uomo, un cenno merita, accanto alla Corte europea, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, il cui intervento è stato più tardivo ma per certi versi spettacolare in termini di impulso ai sistemi penali. È soprattutto il vuoto di tutela creato dal legislatore e derivante dall'intervento sul quadro giuridico preesistente che ha costituito oggetto delle decisioni di condanna²². Così, la Corte di San José – sulla falsariga delle corti supreme di taluni Stati latinoamericani – è pervenuta a dichiarare contrari all'impegno convenzionale i meccanismi di esclusione della risposta punitiva adottati dai legislatori interni al fine di superare i precedenti regimi dittatoriali. È stato questo il destino – per esempio in Brasile, in Argentina o in Perù – delle leggi di depenalizzazione, dei provvedimenti di grazia e di amnistia, delle disposizioni in materia di prescrizione del reato come pure dei referendum popolari che avevano avallato siffatte soluzioni.

Mediante il meccanismo degli obblighi positivi, e degli omologhi strumen-

interne et international, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2003, pp. 1 ss.; E. Fronza, E. Malarino, *L'effet harmonisateur du Statut de la Cour pénale internationale*, in M. Delmas Marty, M. Pieth, U. Sieber (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 65 ss.; J. Lelieur, *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale: un droit répressif d'une génération nouvelle*, *ivi*, pp. 39 ss.; M. Jacquelin, *Cour pénale internationale et dimension substantielle de la complémentarité*, in «*Devoir de punir?*», *op. cit.*, pp. 185 ss.

²⁰ S. Manacorda, G. Werle, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome: Le paradigme du Völkerstrafgesetzbuch allemand*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2003, pp. 501 ss.

²¹ M. Pieth, «*Funktionale Äquivalenz*»: *Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht*, «*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*», 2000, pp. 477 ss.

²² Sulla esperienza dell'America latina cfr. G. Fornasari, E. Fronza (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente: la punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nelle esperienze argentina e colombiana*, Trento, Università di Trento, 2009; G. Fornasari, E. Fronza (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011; K. Martin-Chenut, *Cour interaméricaine des droits de l'homme et obligations de protection pénale*, in «*Devoir de punir?*», *op. cit.*, pp. 141 ss.

ti interpretativi adottati in via giurisprudenziale, sono tanto le componenti sostanziali che quelle processuali del sistema penale che entrano in gioco, due profili peraltro tra loro strettamente interconnessi. Possono pertanto distinguersi diverse ipotesi, nelle quali gli obblighi assumono una valenza via via decrescente, a seconda che si tratti di un obbligo di incriminazione, di un divieto di depenalizzazione o di un obbligo procedurale, distinzione che merita di essere approfondita ai fini di una corretta valutazione dell'incidenza delle norme internazionali sui sistemi penali.

4. *Obblighi di penalizzazione e divieti di depenalizzazione (in senso lato)*

Una prima sotto-categoria degli obblighi positivi con contenuto penale è rappresentata dagli *obblighi di penalizzazione*, intesi come quelli che impongono agli Stati parte il compito di azionare il proprio sistema penale sostanziale con lo scopo di assicurare, per attenersi al caso della CEDU, la reale efficacia dei diritti garantiti dalla Convenzione. Tali obblighi si declinano, a loro volta, in diverse ipotesi, quali la domanda di introdurre una *fattispecie* modellata sulla norma incriminatrice-tipo adottata in diritto internazionale; l'obbligo di garantire una tutela adeguata degli interessi in gioco mediante il ricorso a *sanzioni* effettive, proporzionate e dissuasive o il cui minimo vada oltre determinati massimi edittali fissati a livello internazionale; talvolta – ma è ipotesi maggiormente remota – attraverso la richiesta di emendare la *parte generale* dei codici penali, come nel caso in cui oggetto dell'obbligo sia una regola in materia di responsabilità penale.

Il *divieto di depenalizzazione* (in senso lato) afferisce ugualmente alla categoria degli obblighi di natura sostanziale ma si realizza mediante un procedimento inverso, che può dar luogo ad una serie di ingiunzioni emanate dal giudice internazionale: astenersi dall'introdurre o estendere le disposizioni che istituiscono *cause di esclusione della responsabilità* (quali cause di giustificazione e scusanti) o *altre norme favorevoli* al reo (come nel caso del riconoscimento di effetti retroattivi a norme modificative che determinano una depenalizzazione parziale); esclusione della legittimità di *referendum* o *leggi abrogative* adottati in violazione di obblighi di tutela promananti dalla CEDU o da altri testi normativi; limitazione dei meccanismi, tanto sostanziali quanto processuali, che consentono di *escludere la punibilità* (come nel caso dell'amnistia).

Come si avrà modo di osservare, la Corte europea *incentra il suo controllo*

sui divieti di depenalizzazione più che sui veri e propri obblighi di penalizzazione o incriminazione, il che è facilmente comprensibile nella logica del rispetto della sovranità statale. L'esempio più classico consiste nel censurare la portata eccessiva delle cause di giustificazione relative all'uso di armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine, ipotesi suscettibile di dar luogo alla responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 2 CEDU, allorché tale uso costituisca una violazione o una minaccia della vita o della integrità personale²³. Così, nella sentenza *Makaratzis c. Grecia*, già citata, si trattava di valutare se ricorresse la violazione della CEDU in seguito alla morte del conducente di un autoveicolo causata dall'esplosione di armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine all'esito di un inseguimento. La Corte, nella composizione della Grande Camera, perviene alla conclusione che l'uso della forza mortale è stato in sé legittimo ma considera che le regole sull'uso delle armi ad opera degli appartenenti alle forze dell'ordine erano vetuste, inadatte o lacunose, e sulla scorta di tali considerazioni statuisce a maggioranza che si è verificata una violazione dell'art. 2 nella sua componente materiale (§§ 56-59)²⁴.

A ben vedere, pertanto, la Corte europea dei diritti dell'uomo appunta la sua attenzione *essenzialmente sulle regole amministrative che disciplinano l'uso delle armi da fuoco* ad opera degli appartenenti alle forze dell'ordine, piuttosto che sulla portata delle norme di esonero della responsabilità. Lo conferma la decisione della Grande Camera nel caso *Natchova* del 2005, relativo all'omicidio di due cittadini bulgari ad opera di un membro della polizia militare che tentava di arrestarli, ove la Corte non si sofferma sulla causa di giustificazione, quanto piuttosto sul regolamento inerente al ricorso alle armi da fuoco: «non soltanto un tale regolamento non era stato pubblicato, ma non conteneva alcuna garanzia chiara destinata ad evitare che la morte non fosse inflitta in maniera arbitraria» (§ 99). Conclusioni siffatte si ritrovano ugualmente nel caso *Soare e altri c. Romania* del 2011, relativo agli abusi perpetrati ai danni di tre individui da parte della polizia rumena che li aveva esposti ad un rischio mortale²⁵.

Conformemente a tale linea interpretativa, la Grande Camera nel tristemente celebre caso *Giuliani* del 2011, si è rifiutata ancora una volta – per quanto ciò possa apparire contestabile – di incentrare il proprio giudizio

23 Per un'ampia presentazione dei casi cfr. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., pp. 259 ss.

24 In precedenza cfr. Corte eur., *McCann e altri c. Regno Unito*, 27.9.1995, § 150.

25 Corte eur., *Natchova c. Bulgaria*, 6.7.2005.

sull'estensione delle cause di giustificazione²⁶. Mentre i ricorrenti facevano osservare che «l'articolo 53 del Codice penale e l'articolo 24 del Testo unico di pubblica sicurezza non sono compatibili con l'art. 2 della Convenzione e con le norme internazionali, e ciò in ragione dell'epoca in cui sono stati adottati (epoca fascista) e del loro contenuto, che riflette tale contesto», la Corte osserva viceversa che

l'articolo 53 del Codice penale si caratterizza, certamente, per l'impiego di formule più vaghe; ciò nonostante esso fa riferimento al concetto di "necessità" di respingere una violenza. [...] In effetti, come emerge dal provvedimento di archiviazione, l'autorità giudiziaria italiana ha interpretato l'articolo 52 del Codice penale come fonte autorizzativa dell'uso della forza mortale solamente come rimedio estremo e soltanto quando altre reazioni meno pregiudizievoli non sono atte ad evitare il pericolo [...]. Ne consegue che non vi è stata violazione dell'art. 2 della Convenzione nella sua componente sostanziale per quanto attiene al quadro legislativo interno sull'utilizzo della forza letale o per quanto riguarda le armi di cui le forze dell'ordine erano fornite in occasione del G8 di Genova (§§ 213, 214 e 218).

Prospettive innovative sono state dischiuse nel caso *Trévalec c. Belgio* del 14 giugno 2011, nel quale la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con la Convenzione della messa in pericolo e delle lesioni inflitte ad un individuo in virtù della legittima difesa, ipotesi contemplata dall'art. 2 § 2 a) CEDU²⁷. Si trattava, nello specifico, di un reporter lussemburghese ferito per errore dai membri della polizia belga di cui seguiva le operazioni. La Corte ritiene che nel caso di specie il ricorso alla forza non poteva considerarsi «assolutamente necessario» per garantire la difesa delle persone contro la violenza illegale e che pertanto si è verificata una violazione dell'art. 2 CEDU nella sua componente materiale. Nella sua opinione concordante, il giudice Pinto De Albuquerque precisa che

in conclusione, la *legittima difesa putativa* per errore colpevole dell'agente costituisce una violazione del diritto alla vita protetto dall'art. 2 della Convenzione. La natura colpevole dell'errore dell'agente che ritenga erroneamente di trovarsi in una situazione che scrimina la difesa viene apprezzata secondo una logica funzionalista, che non è né strettamente oggettivista né strettamente soggettivista. Del pari, *l'eccesso di legittima difesa* di fronte ad un rischio reale o putativo, comporta la violazione di tale diritto.

²⁶ Corte eur. (GC), *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24.3.2011.

²⁷ Corte eur., *Trévalec c. Belgio*, 14.6.2011.

5. *Obblighi procedurali di natura penale*

Con maggiore evidenza, sono gli obblighi di natura procedurale ad essersi largamente imposti nella giurisprudenza di Strasburgo, anche se la linea di frontiera rispetto agli obblighi di incriminazione risulta essere incerta, al punto che taluni commentatori ritengono che l'introduzione di una fattispecie incriminatrice apparterrebbe alla prima delle categorie enunciate²⁸. Sembra invece maggiormente appropriato includere nel novero degli obblighi di natura procedurale soltanto quelli destinati ad intervenire successivamente alla commissione del reato²⁹.

Gli obblighi procedurali derivano dalla combinazione tra gli artt. 2 e ss. CEDU e l'articolo 1 della stessa, in virtù del quale sugli Stati incombe un dovere generale di «riconosc[ere] a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione», dovere che implica peraltro che «gli Stati parte rispondano di ogni violazione dei diritti e libertà protetti che possono subire gli individui sottoposti alla loro giurisdizione – ossia alla loro competenza – nel momento della violazione»³⁰. Di tal fatta, si esige che le differenti fasi del processo penale siano attivate: *l'inchiesta* deve essere effettiva e imparziale; *l'azione penale* deve essere esercitata all'esito della stessa; *il giudizio* deve rispondere agli imperativi di tutela dei diritti dell'uomo e, al contempo, garantire l'indennizzo delle vittime; *l'esecuzione* della pena non deve condurre ad un affievolimento ingiustificato della dimensione afflittiva della sanzione³¹. Come è stato ricordato dalla Corte recentemente, nella sentenza resa nel caso *Alikaj e altri c. Italia* del 2011³², «le esigenze poste dall'art. 2 travalicano la fase dell'inchiesta ufficiale,

28 Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit.: «obligations procédurales, ce sont celles qui appellent l'organisation des procédures internes en vue d'assurer une meilleure protection des personnes, celles qui commandent finalement l'aménagement de remèdes adéquats aux violations des droits. Droit des personnes (alléguant d'une violation de leurs droits) à une enquête effective, mais aussi, plus largement, le devoir de l'Etat de se doter d'une législation pénale à la fois dissuasive et efficace».

29 Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 250.

30 Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit.

31 O. Cahn, *Obligations positives procédurales et Droit à la vie*, in «Devoir de punir?», op. cit., pp. 235 ss.

32 Corte eur., *Alikaj e altri c. Italia*, 29.3.2011.

allorquando essa conduca all'esercizio dell'azione dinanzi alle giurisdizioni nazionali: è l'insieme della procedura, compresa la fase del giudizio, che deve soddisfare le condizioni dell'obbligo positivo di proteggere la vita attraverso la legge [...].».

Prendendo le mosse dalla fase delle indagini in relazione ad un'accusa di omicidio commesso da agenti dello Stato, affinché essa sia

effettiva, occorre che le persone che ne sono incaricate siano indipendenti da coloro che sono accusati. Ciò implica, non soltanto l'assenza di qualsivoglia legame gerarchico o istituzionale, ma analogamente una certa indipendenza pratica. Le indagini devono essere effettive, nel senso che devono consentire di determinare se il ricorso alla forza potesse ritenersi giustificato o meno nelle circostanze di specie e di identificare e sanzionare i responsabili. Le autorità devono aver preso le misure ragionevoli di cui disponevano per garantire l'acquisizione delle prove relative ai fatti in oggetto, comprese, tra l'altro, le deposizioni di testimoni oculari e le consulenze medico-legali. Le conclusioni delle indagini devono fondarsi su di un'analisi approfondita, obiettiva e imparziale dell'insieme degli elementi pertinenti e devono applicare un criterio che sia comparabile a quello della "necessità assoluta" di cui all'art. 2 § 2 della Convenzione [...] (§§ 94-98)³³.

In materia di regime probatorio, la Corte ha avuto l'occasione di pronunciarsi nel caso *Baldovin c. Romania* del 2011, nel quale si trattava di decidere se il mancato rispetto, da parte di un medico di guardia, delle indicazioni espresse dal ginecologo della ricorrente a favore di un parto cesareo, fosse stato o meno decisivo nel determinare la morte del neonato³⁴. Nel caso di specie la Corte è pervenuta alla conclusione che il regime sulla produzione dei mezzi di prova, e specificamente delle perizie medico-legali, può integrare una violazione dell'articolo 2 della CEDU nel suo versante procedurale.

Un'attenzione particolare merita, in questo ambito, la questione del regime di *prescrizione*, un tema questo a cavallo tra diritto e procedura penale. Nel caso già citato *Alikaj c. Italia*, la Corte ha avuto modo di ricordare che «allorquando un agente dello Stato è accusato di atti contrari agli artt. 2 o 3, il procedimento o la pena non potranno decadere per effetto della prescrizione e l'applicazione di misure quali l'amnistia non potrà essere giustificata» (§ 99), aggiungendo che «l'applicazione della prescrizione ricade, senza ombra di dubbio, in tale ipotesi giacché essa ha come effetto di impedire la condanna» (§ 108). Sulla base di tali rilievi, la Corte ha ritenuto che, nel caso di spe-

33 Corte eur., *Alikaj e altri c. Italia*, 29.3.2011.

34 Corte eur., *Baldovin c. Romania*, 7.6.2011.

cie, l'art. 2 sia stato violato nella sua componente procedurale³⁵. In precedenza, tuttavia, la Corte era pervenuta ad escludere la violazione dell'articolo 2 in un procedimento che concerneva la responsabilità di un medico per il decesso di un neonato, e che si era ugualmente estinto per effetto della prescrizione del reato, fondandosi sul rilievo che i ricorrenti disponevano ugualmente della possibilità di adire il giudice civile³⁶.

Tirando le somme, si può provvisoriamente concludere nel senso che i giudici internazionali, e la Corte europea *in primis*, giungono talvolta a condannare gli Stati i cui sistemi penali risultino insufficienti o lacunosi nell'approntare una tutela dei valori considerati come essenziali dalla comunità internazionale. Il giudice è chiamato ad esercitare un ruolo di controllo e di sanzione sull'attività delle autorità statuali: si tratta di far sì che – in maniera variabile, a seconda del contesto istituzionale di riferimento e al di là della specifica violazione constatata – i legislatori degli Stati parte si allineino in avvenire agli imperativi di tutela che hanno disatteso. Il bisogno di adeguamento normativo si traduce in un obbligo di tutela penale, anche se occorre rimanere prudenti quanto alla possibilità di generalizzare gli enunciati contenuti nelle sentenze, le quali hanno ad oggetto casi di specie ben determinati. Peraltro, nonostante la varietà delle soluzioni accolte e la molteplicità dei concetti utilizzati, la Convenzione europea sembra esercitare effetti assai modesti sul diritto penale sostanziale: gli obblighi di incriminazione in senso stretto rimangono alquanto rari, i limiti o divieti alla depenalizzazione, *lato sensu* intesa, hanno di frequente per oggetto la regolamentazione extra-penale, gli obblighi di natura procedurale, riferiti alle indagini, all'esercizio dell'azione penale ed al dibattimento, tendono ad imporsi.

6. Corti nazionali e attuazione degli obblighi di tutela penale internazionali: disapplicazione, inconvenzionalità, incostituzionalità e interpretazione conforme

L'analisi, appena condotta, del controllo sulla attuazione della norma internazionale che impone l'estensione o vieta la riduzione del penalmente rilevante mostra adeguatamente la varietà delle situazioni che possono configurarsi per effetto della giurisprudenza internazionale. Tuttavia, un insieme

35 Corte eur., *Alikaj e altri c. Italia*, 29.3.2011.

36 Corte eur., *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17.1.2002.

ancora più complesso di interazioni interpretative si delinea nel caso in cui ci si trovi dinanzi ad una pluralità di istanze giurisdizionali competenti a dare applicazione al medesimo testo normativo, ancorché prive di coordinamento formale tra di loro, come tipicamente accade in materia di diritti fondamentali³⁷. Oramai da tempo si è osservato che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo può dar luogo ad interpretazioni non totalmente coincidenti, a seconda che la sua applicazione sia l'opera del suo "giudice naturale", la Corte di Strasburgo, ovvero della Corte di Giustizia dell'Unione europea, profilo emerso da quando quest'ultima ha fatto ricorso ampio ricorso al testo convenzionale per il controllo del diritto dell'Unione e del diritto nazionale che ne realizza la trasposizione.

Un fenomeno più recente riguarda tuttavia l'irruzione dei giudici interni tra gli attori chiamati a dare attuazione agli obblighi internazionali di tutela penale. A seconda del sistema accolto in ciascuno ordinamento giuridico, la disapplicazione, la dichiarazione di inconvenzionalità o la pronuncia di incostituzionalità rappresentano i modi principali attraverso i quali la giurisprudenza tende a superare l'inerzia legislativa nell'attuazione degli obblighi. Fondandosi sui diritti dell'uomo, o su altri parametri di fonte internazionale, il giudice interno può quindi pervenire a disapplicare una disposizione più favorevole per il reo introdotta dal proprio legislatore (facendo operare la categoria del divieto di depenalizzazione, di cui si è già detto) ovvero – ipotesi caratterizzata da maggiore complessità – può colmare una "lacuna" di incriminazione rispetto al dato internazionale per via interpretativa (attuando così un obbligo di penalizzazione in senso stretto).

37 Su questo punto cfr., tra gli altri, H. Bosly, F. Tulkens, *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996; F. Tulkens, J. Callewaert, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. Dony, E. Bribosia (a cura di), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177 ss.; Bailleux, Van Meerbeeck, *Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux*, op. cit., pp. 111 ss.; C. Sotis, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., pp. 109 ss. *Amplius Dialogue entre juges. Cinquante ans de la Cour européenne des droits de l'homme vus par les autres cours internationales*, Strasbourg, 2009. Sul fenomeno inverso cfr. F. Tulkens, *L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme*, «Revue universelle des droits de l'homme», 2000, pp. 50 ss. Adde S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penali in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., pp. 147 ss.

In questo caso, la volontà di dare corretta applicazione al sistema delle fonti può combinarsi con la finalità di sottrarsi a scelte legislative distoniche o ad un'inerzia del proprio legislatore: l'attuazione degli imperativi di fonte internazionale tende allora a confondersi e a sovrapporsi alle tecniche di "resistenza" che il giudice oppone al proprio legislatore interno. Oltre all'adeguamento del diritto interno a quello internazionale, sembrerebbe allora profilarsi una strategia intesa a superare per via giudiziaria le scelte politico-criminali realizzate dal legislatore e ritenute contrastanti con i vincoli internazionalistici. Le implicazioni di queste dinamiche giurisprudenziali sono molto problematiche: è possibile giungere – mediante una semplice interpretazione del giudice ordinario o una pronuncia di illegittimità costituzionale, fondate sulla contrarietà del testo interno alla normativa internazionale – a superare l'ostacolo che si frappone alla repressione, richiesta dal diritto internazionale, di una data condotta, senza attendere l'intervento legislativo?

Una interpretazione restrittiva conduce ragionevolmente a limitare la possibilità di siffatto intervento giurisprudenziale alla sola ipotesi di disapplicazione di una norma di favore, giacché ogni altro intervento ad opera del giudice interno, sia pure di natura costituzionale, che dia luogo ad una estensione dell'area del penalmente rilevante o ad un inasprimento delle conseguenze sanzionatorie rispetto a quanto previsto dal dettato legislativo, entrerebbe in palese contraddizione con il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁸. Così, è ipotizzabile, ad esempio, che un obbligo di introdurre una fattispecie penale statuito dalla CEDU – segnatamente per la tutela del diritto alla vita – possa dar luogo ad una decisione di inconvenzionalità o di incostituzionalità di una legge che abroghi una precedente disposizione che trasponeva correttamente l'obbligo o di una causa di giustificazione ritenuta eccessivamente ampia rispetto al dato convenzionale.

Particolarmente problematica è, in ogni caso, l'ipotesi in cui tale cammino sia seguito dal giudice di merito, giacché è evidente che in tal caso può prodursi una applicazione del dato normativo internazionale a detrimento dell'individuo variabile da un giudice all'altro. Sono pertanto i giudici costituzionali ad essere chiamati sempre più a svolgere un ruolo decisivo nella valutazione ed attuazione degli obblighi di tutela penale derivanti dalle fonti europee ed internazionali. Siffatta concentrazione del controllo nelle loro mani risponde a due diverse esigenze: sul fronte interno, si tratta di evitare l'effetto di frammentazione che discende dall'intervento non coordinato delle diverse

38 Negli stessi termini Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 250.

istanze giurisdizionali nazionali; sul fonte esterno, l'accentramento consente di conservare il controllo sugli imperativi internazionalistici, evitando che le diverse Corti internazionali ed europee acquisiscano un monopolio sul punto. Così, il Consiglio costituzionale francese è pervenuto a dichiarare, nell'ambito del controllo a priori sui trattati internazionali, l'immunità del Presidente della Repubblica non conforme allo Statuto di Roma³⁹: se non si fosse avvalso di tale prerogativa, il *Conseil* avrebbe rimesso integralmente nelle mani della Corte penale internazionale il compito di giudicare, per ipotesi, un Presidente della Repubblica responsabile di crimini di guerra e forse avrebbe aperto ai giudici di merito la strada della inconvenzionalità.

Da almeno un decennio, una questione essenziale che si pone in tale ambito riguarda gli effetti della disapplicazione di una norma penale di favore, che si trovi in successione temporale con una disposizione preesistente, e che si ponga tuttavia in contrasto con una disposizione di diritto comunitario. In tal caso, occorre infatti chiedersi se la disapplicazione della norma posteriore possa avere come effetto di determinare la reviviscenza della norma anteriore e conforme al diritto dell'Unione, abolita o modificata da una disposizione poi rivelatasi illegittima. Un'ipotesi di tal fatta si è verificata in relazione alla c.d. della neutralizzazione *in bonam partem*, affrontata dalla Corte di Giustizia nei celebri casi *Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi*⁴⁰. Oggi, la reviviscenza può essere esclusa per effetto della presa di posizione della Corte del Lussemburgo nell'ultimo dei casi summenzionati, là dove si è affermato che il principio del *nullum crimen* impedisce siffatta eventualità e che la retroattività *in bonam partem* della legge penale rappresenta un principio generale del diritto comunitario, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni⁴¹. In definitiva, ciò impedirebbe al giudice di procedere ad applicare una norma penale abrogata o modificata da una disposizione legislativa comunitariamente illegittima. Sulla questione si è pronunciata anche la Corte costituzionale italiana, ma in termini assai diversi che la hanno condotta in una prima occasione a ritenere possibile la risorgenza della norma illegittimamente abrogata o modificata⁴²,

39 Conseil Constitutionnel, decisione n° 98-408 DC del 22 gennaio 1999.

40 S. Manacorda, *Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2006, pp. 245 ss.

41 Si veda il nostro «*Oltre il falso in bilancio*»: *i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, «Il diritto dell'Unione europea», 2006, pp. 253 ss. e la dottrina ivi citata.

42 Cfr. per tutti O. Di Giovine, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzi-*

e più di recente a considerare che la retroattività *in bonam partem* non impedisce di introdurre limiti agli effetti per il passato di una riduzione dei termini di prescrizione⁴³.

Più sottile, e certi versi problematica, è la tecnica di interpretazione conforme, alla quale può fare ricorso il giudice nazionale per dare esecuzione ad un obbligo di fonte internazionale niente affatto o non adeguatamente trasposto dal legislatore⁴⁴. Anche in tal caso, lo iato tra la norma internazionale che pone l'obbligo e la norma interna che gli da esecuzione imperfetta o parziale è colmato in via ermeneutica, ma la attuazione dell'obbligo si risolve in una surroga dell'operato del legislatore.

Inizialmente, tale procedimento è stato riconosciuto per garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione nel celebre caso *Pupino*, la cui portata è tuttavia fortemente controversa e allo stato limitata a (specifici profili del) la procedura penale⁴⁵, oggetto poi di un'ulteriore delimitazione ad opera della Corte di Giustizia in una epoca recente⁴⁶. È oggi dubbio che l'obbligo di interpretazione conforme possa essere generalizzato come strumento nelle mani del giudice per garantire la conformità di tutte le norme penali alla CEDU o ad altri impegni internazionali sottoscritti dallo Stato ma non adeguatamente trasposti in diritto interno⁴⁷.

Non è tuttavia escluso che venga a configurarsi la tentazione per il pote-

onale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali", «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, pp. 100 ss.

43 V. specialmente F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in <<http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>>.

44 Tra gli altri F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University Press, Bologna, 2007; V. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, «Archivio penale», 2012, pp. 1 ss.

45 Cfr. in particolare C. Sotis, *Il caso "Pupino": profili sostanziali*, in F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, op. cit., pp. 34 ss.; S. Allegrezza, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, ivi, pp. 53 ss. Adde R. Parizot, *Les interactions en procédure pénale: la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences*, in G. Giudicelli, S. Manacorda (a cura di), *Cour de Justice et Justice pénale en Europe*, Paris, Société de Législation Comparée, 2010, pp. 177 ss.

46 Corte UE (Seconda Sezione), *Procedimento penale a carico di X*, 21.12.2011.

47 Cfr. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, op. cit., pp. 2645 ss.

re giudiziario di avvalersi di queste tecniche interpretative per contrastare le inadempienze del potere legislativo, estendendo la portata del testo normativo al di là dei limiti consentiti dalla lettera.

7. *Una verifica degli obblighi di tutela sul terreno del diritto alla vita. I limiti strutturali degli obblighi positivi: offese non statuali e fattispecie colpose*

Solo «i diritti più fondamentali» si collocano a fondamento degli obblighi di tutela penale, ed essenzialmente in relazione con «le violazioni più gravi»⁴⁸. È dunque all'intersezione di questi due parametri restrittivi (natura del bene giuridico tutelato e portata dell'offesa) che si colloca il fenomeno che qui si analizza. In altri termini, gli obblighi di tutela vengono a configurarsi per la tutela del nucleo essenziale dei diritti dell'uomo e sovente in relazione a violazioni gravi perpetrate dalle autorità statuali. In particolare, la Corte di Strasburgo riserva al momento l'obbligo di incriminare a tre tipi di casi: le violazioni della vita e dell'integrità fisica; le offese alla integrità sessuale e il divieto del lavoro forzato e della riduzione in schiavitù, pur dovendosi riconoscere che «il carattere casistico della giurisprudenza rende necessariamente aperto questo elenco»⁴⁹.

La tutela della vita, senz'altro collocata al vertice dei diritti dell'uomo riconosciuti dai testi convenzionali, si colloca quindi in prima linea, agendo sia come “motore” della penalizzazione sia come “freno” alla depenalizzazione. Tuttavia, anche se al diritto alla vita va senz'altro riconosciuto tale ruolo centrale, il suo impatto sulla estensione delle fattispecie incriminatrici rimane da molti punti di vista estremamente incerto, per effetto dei limiti che attengono tanto alla struttura degli obblighi positivi quanto alla natura dello stesso diritto alla vita.

Cominciando dal primo di tali profili, occorre infatti osservare che il *campo di elezione degli obblighi positivi attiene ovviamente alle condotte imputabili agli Stati*, tenuto conto del fatto che la Corte europea è chiamata a giudicare la responsabilità di questi ultimi. In ambito penalistico, l'attenzione è quindi concentrata sulle offese al bene vita o all'integrità personale ricon-

48 M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011.

49 Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, op. cit., pp. 575 ss.

ducibili all'uso di armi da fuoco da parte di agenti dello Stato (es. omicidio o lesioni realizzati da appartenenti alle forze di pubblica sicurezza o alle forze armate nell'esercizio delle rispettive funzioni) o indirettamente riconducibili alla loro responsabilità (es. sparizioni forzate). Come si è già rammentato, l'elaborazione degli obblighi positivi conduce la Corte ad affermare sistematicamente che «incombe in queste condizioni alle autorità nazionali il dovere primordiale di garantire il diritto alla vita mettendo in opera una legislazione penale concreta atta a scoraggiare la commissione di lesioni contro la persona», come pure quello «di adottare preventivamente le misure di natura pratica per tutelare l'individuo la cui vita sia minacciata da comportamenti criminali altrui»⁵⁰. Tuttavia, anche questi obblighi fondati sul diritto alla vita scontano una serie di limiti che la Corte europea dei diritti dell'uomo, la principale delle istanze giurisdizionali ad avvalersene, non è pronta a superare.

In primo luogo la Corte si è avvicinata con una *certa prudenza alle offese alla vita di natura non statale* (provenienti da terzi, da privati, o coinvolgenti la vittima)⁵¹. La questione era già stata affrontata dai giudici europei nel caso *Osman c. Regno Unito*⁵², nel quale i ricorrenti lamentavano il fatto che il loro rispettivo marito e padre era stato ucciso dal professore del figlio della vittima, pervenendo tuttavia a concludere che nel caso di specie non si era verificata alcuna violazione dell'art. 2 CEDU⁵³. Al contrario la Corte aveva ammesso la responsabilità dello Stato in una serie di casi riguardanti la Turchia relativi ad omicidi perpetrati ai danni di membri del PKK, giacché era emerso che, secondo una prassi generalizzata, gli uffici del Pubblico Ministero non davano seguito alle denunce relative a tali eventi.

Più chiaramente la Corte è pervenuta ad affermare la responsabilità statale per azioni di terzi nel caso *Seidova e altri c. Bulgaria* del 2010, nel quale si trattava di valutare se la morte di un individuo e il ferimento di un altro, in occasione di un furto, fossero o meno conformi alla Convenzione⁵⁴:

l'assenza di una responsabilità diretta dello Stato nella morte di una persona non esclude l'applicazione dell'art. 2. Imponendo allo Stato di prendere le misure necessarie per la

50 Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., nt. 70.

51 Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 250.

52 Corte eur., *Osman c. Regno Unito*, 28.10.1998, §§ 115-116.

53 La Corte eur. è giunta alla medesima conclusione in altri casi, quali il caso *Denizci c. Cipro* 23.5.2001, § 99.

54 Corte eur., *Seidova e altri c. Bulgaria*, 5.11.2011.

protezione della vita delle persone che ricadono sotto la sua giurisdizione, l'art. 2 impone a questo di garantire la tutela del diritto alla vita, introducendo una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere offese a danni della persona e che si fondi su un meccanismo di applicazione idoneo a prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni (§ 49)⁵⁵.

La Corte trae le conseguenze di tale affermazione *essenzialmente sul terreno degli obblighi di natura procedurale*, così confermando quanto già constatato in precedenza in termini di marginalizzazione degli obblighi di tutela penale di natura sostanziale:

il suddetto obbligo esige, come implicazione, che venga condotta un'indagine ufficiale effettiva allorquando vi siano ragioni per credere che un individuo ha subito lesioni personali potenzialmente mortali in circostanze sospette. L'indagine deve poter consentire di stabilire le cause delle lesioni e di identificarne e sanzionarne i responsabili.

Nel caso *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia* del 2012 la Corte precisa nuovamente che l'articolo 2 consente di accollare alle autorità statuali *l'obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico* per proteggere l'individuo la cui vita sia minacciata da comportamenti di natura criminosa di un altro individuo, il quale sia stato ripetutamente condannato per omicidio volontario ed altri delitti e che, al momento della commissione dei fatti, fruiva di una liberazione condizionale⁵⁶. «Ciò non significa, tuttavia, che si possa desumere da tale disposizione un obbligo positivo di impedire ogni violenza potenziale» (§ 46). Pur sottolineando che la tutela della società costituisce una delle funzioni essenziali assolute da una pena privativa della libertà personale, la Corte ribadisce – a giusto titolo – lo scopo legittimo di una politica di reinserzione sociale progressiva delle persone condannate alla pena della reclusione anche in relazione a reati di natura violenta (§ 49).

Su un altro versante, la Corte si mostra *estremamente prudente per ciò che attiene alle offese di natura colposa*. La dottrina ha al riguardo correttamente messo in evidenza che la domanda rivolta agli Stati affinché adottino sanzioni penali in materia, varia in funzione delle caratteristiche dell'offesa al bene vita: l'omicidio e le lesioni come pure l'interruzione volontaria di gravidanza, nella forma colposa, non sono incluse in prima battuta nel raggio di azione dell'obbligo di tutela penale, il che mostra una notevole sensibilità politico-criminale da parte della Corte⁵⁷. L'ipotesi si è configurata, per esem-

55 Cfr. anche Corte eur., *Menson c. Regno unito* (dec.), 6.5.2003.

56 Corte eur., *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, 17.1.2012.

57 G. De Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*,

pio, in materia di responsabilità medica e rispetto ad essa i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che i rimedi di natura civilistica siano da considerarsi sufficienti. Così, nel caso di un decesso non volontariamente causato di un neonato, la Corte è pervenuta, in più di un'occasione, a concludere che non sussiste un obbligo di incriminazione. Nella sentenza *Calvelli e Ciglio c. Italia* del 2002⁵⁸, le censure dei ricorrenti erano essenzialmente incentrate sulla circostanza che, in primo grado, il medico responsabile della morte del loro figlio neonato non fosse stato sanzionato penalmente, in quanto era intervenuta la prescrizione. La Corte, nel caso di specie rileva che la prescrizione era da attribuirsi ad una serie di disfunzioni della procedura, che avevano dato luogo ad un ritardo nella fase delle indagini e dell'istruzione formale, ma che tuttavia i ricorrenti avevano a disposizione ugualmente la possibilità di adire un tribunale civile, e che da questa azione sarebbero potute eventualmente discendere anche conseguenze disciplinari a carico del medico. Dal momento che, tuttavia, i ricorrenti avevano concluso una transazione con la compagnia di assicurazione del medico e con la clinica, essi avevano deliberatamente rinunciato ad avvalersi della possibilità di intentare un'azione dinanzi a tale giurisdizione. La conclusione cui perviene la Corte, pertanto, è che nel caso di specie non si è verificata alcuna violazione dell'art. 2 CEDU.

È ancora un omicidio colposo ad essere stato oggetto del giudizio nel caso *Iliya Petrov c. Bulgaria* del 2012, nel quale si discuteva delle lesioni personali subite da un giovane a seguito del suo ingresso in un edificio, situato all'interno del parco di divertimenti "Il mondo dei bambini", e la cui porta era aperta. Il ricorrente, entrato in contatto con un trasformatore elettrico alloggiato nell'edificio, era stato vittima di una scossa elettrica di ventimila volts e aveva riportato conseguenze fisiche gravissime. Nel caso di specie, la Corte precisa nuovamente che «se le lesioni del bene vita o di quello dell'integrità fisica non sono commesse dolosamente, l'obbligo positivo di introdurre un sistema giudiziario efficace non impone necessariamente, in ogni caso, di consentire un ricorso di natura penale, giacché tale obbligo può essere soddisfatto anche dalla possibilità di un ricorso di natura civile o amministrativa o anche disciplinare» (§ 71). Tuttavia, «la Corte considera che nelle circostanze specifiche del presente caso e in difetto di un'inchiesta ufficiale effettiva sugli accadimenti, il promovimento di un'azione civile per risarcimento del danno su impulso del ricorrente non potrebbe costituire una "risposta giudiziaria

Torino, Giappichelli, 2007, p. 31.

⁵⁸ Corte eur., *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17.1.2002.

adeguata” ai sensi dell’art. 2 della Convenzione». Se ne desume che si è verificata una violazione del diritto alla vita, ma unicamente, ancora una volta, nella sola componente procedurale.

8. *Gli ulteriori limiti degli obblighi di tutela penale inerenti alla struttura del diritto alla vita: i temi eticamente sensibili e i controinteressi*

Il diritto alla vita ha visto la sua incidenza estendersi, uscendo dagli ambiti angusti dell’interruzione volontaria di gravidanza che aveva finito per mostrare i limiti della categoria, giacché l’embrione non era assimilabile ad una persona in tutti i suoi connotati e le esigenze di tutela della donna dovevano essere ugualmente tenute in considerazione nel giudizio di bilanciamento. Così la questione del ruolo del diritto penale in relazione a temi eticamente sensibili, relativi al suo inizio (oltre all’aborto, l’uso delle biotecnologie e della fecondazione assistita), come pure al suo termine (eutanasia, suicidio assistito) è rimasta ampiamente aperta nel dibattito scientifico⁵⁹.

Anche da tale punto di vista può constatarsi come il diritto alla vita – nonostante la sua dimensione incontestabile – non costituisca affatto un “motore” permanente della penalizzazione o un “freno” costante della depenalizzazione: sul punto le decisioni giudiziarie si ispirano infatti ad un certo *self-restraint* nel momento in cui emergono questioni sensibili dal punto di vista etico o religioso. Il pensiero corre essenzialmente alle offese potenziali alla vita le quali, secondo la valutazione espressa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, non sono oggetto di una condivisione unanime sul piano comparativo, il che riduce sensibilmente il potere di inquadramento della CEDU, estendendo di converso il margine nazionale di apprezzamento.

Due esempi principali possono essere utili per comprendere le limitate capacità armonizzatrici del diritto alla vita sui sistemi penali interni, mostrando al contempo gli ampi margini di cui godono gli Stati in tale ambito. Anzitutto, l’eutanasia e più ampiamente l’insieme delle tecniche di interruzione della vita umana fondate sulla autodeterminazione dell’individuo; in secondo luogo, le problematiche legate al principio della vita, tanto in relazione alla

⁵⁹ Cfr. autorevolmente, in tempi recenti, E. Dolcini, *La lunga marcia della fecondazione assistita*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, pp. 428 ss.; G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, *ivi*, 2011, pp. 1383 ss..

interruzione volontaria di gravidanza che alla procreazione assistita, segnatamente eterologa⁶⁰.

Già nella sentenza *Boso c. Italia* del 2002 la Corte aveva riconosciuto un ampio potere discrezionale allo Stato che si rifiutava di proteggere il nascituro in nome del diritto alla vita⁶¹:

nell'opinione della Corte, siffatta disposizione realizza un giusto equilibrio tra la necessità di garantire la protezione del feto e gli interessi della donna. Tenuto conto delle condizioni imposte per accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, come pure alle circostanze del caso concreto, la Corte ritiene che lo Stato convenuto non abbia oltrepassato il potere di apprezzamento che gli compete in questo ambito così delicato.

Nella medesima direzione, ma in un'ipotesi opposta, la Corte è intervenuta sul finire del 2010, nella sentenza resa nel caso *A.B.C.* relativo alla legislazione irlandese, per escludere che il divieto penalmente sanzionato di ricorrere all'aborto infranga i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione⁶². Tenuto conto del fatto che in Irlanda le donne possono recarsi all'estero senza violare la legge per abortire, nonché per ricevere le informazioni e ottenere le informazioni e l'assistenza medica necessaria, la Corte reputa che l'Irlanda ha conseguito un giusto punto di equilibrio tra il rispetto del diritto alla vita privata della donna e la necessità di proteggere la vita del nascituro. Si tratta di una decisione che è stata oggetto di rilievi critici all'interno della stessa Corte, come attesta un'opinione dissidente di sei giudici⁶³, nella quale un'ec-

60 Su questo ultimo punto, e sulle difficoltà di pervenire ad un consenso europeo, cfr. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011, pp. 227 ss. Sulla situazione italiana cfr. E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008; R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, pp. 90 ss. Quanto alla Corte eur. (G.C.), nel caso *S.H c. Austria* dell'1.4.2010, si è astenuta dal pronunciarsi in merito ad un obbligo di incriminazione

61 Corte eur., *Boso c. Italia*, 5.9.2002.

62 Corte eur. (G.C.), *A, B e C c. Irlanda*, 16.12.2010 .

63 Opinione dissidente comune dei giudici Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni e Poalelungi: «Aussi pensons-nous que la majorité s'est trompée en associant, au paragraphe 237 de l'arrêt, d'une part, la question du commencement de la vie (et, en conséquence, du droit à la vie) et la marge d'appréciation reconnue aux États à cet égard, et, d'autre part, la marge d'appréciation dont jouissent les États pour déterminer le poids respectif du droit à la vie du fœtus et du droit à la vie, ou du droit à la santé et au bien-être,

cessiva cautela della maggioranza ha prevalso sul bilanciamento attento degli interessi in gioco e sul principio di laicità che avrebbero invece condotto ad una soluzione differente⁶⁴.

Va tuttavia rilevato che se un siffatto *self-restraint* da parte della Corte costituisce certamente un motivo di insoddisfazione nel momento in cui si tratta di censurare la legittimità di una fattispecie incriminatrice, non si può giungere alla medesima conclusione allorquando sulla base dell'esistenza di un consenso si vorrebbe pervenire a fondare "in positivo" una fattispecie penale. Da apprezzare, pertanto, è la decisione resa dalla Corte nel caso *Vo c. Francia* del 2 luglio 2004, nella quale i ricorrenti richiedevano di censurare l'interpretazione delle autorità giudiziarie francesi quanto all'esclusione del diritto alla vita per il nascituro, interpretazione che aveva condotto al proscioglimento di un medico in un procedimento penale interno⁶⁵. Detto in altre parole, deve essere esclusa la configurabilità di un obbligo di incriminazione in un ambito così sensibile come quello dell'aborto, a meno di non voler

de la femme enceinte. [...] 6. Or, en l'occurrence, il existe bien un consensus européen – et un consensus très net. C'est sans doute l'une des rares fois dans sa jurisprudence que la Cour considère que le consensus en question ne restreint pas l'ample marge d'appréciation de l'État concerné. L'argument avancé par la majorité consiste à dire que la possibilité pour les requérantes, "sans enfreindre la loi, [d']aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande" suffit à justifier l'interdiction de l'avortement dans le pays pour des raisons de santé et de bien-être "sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie" (paragraphe 241 *in limine*). 7. Nous sommes en total désaccord avec cette conclusion. Indépendamment du fait, comme nous l'avons souligné ci-dessus, qu'une telle approche conduit à s'écarter du cœur de la question, qui est la mise en balance du droit à la vie du fœtus et du droit à la santé et au bien-être de la femme enceinte, et non les points de savoir quand commence la vie et de quelle marge d'appréciation les États disposent à cet égard, la majorité fonde son raisonnement sur deux prémisses discutables: premièrement, le fait que le droit irlandais autorise l'avortement aux femmes qui peuvent se rendre à l'étranger à cet effet suffirait à satisfaire aux exigences de la Convention concernant le droit des requérantes au respect de leur vie privée ; et, deuxièmement, le fait que les Irlandais ont des valeurs morales profondes quant à la nature de la vie aurait un impact sur le consensus européen et prendrait le pas sur lui, ce qui conférerait à l'État une ample marge d'appréciation».

64 De Vero, Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, op. cit.

65 Corte eur., *Vo c. France*, 8.7.2004; in dottrina si veda De Vero, Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, op. cit., pp. 32-33.

imporre una visione particolare della vita umana che si scontrerebbe con il pluralismo che ispira la CEDU e con la tutela dell'autodeterminazione individuale che costituisce il fondamento stesso della tutela dei diritti dell'uomo⁶⁶. Altre decisioni, come *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007 e *S.H. altri c. Austria* del 2011, escludono in termini analoghi la violazione del diritto alla vita in un caso relativo alla fecondazione assistita⁶⁷, senza interrogarsi sul divieto penale.

Al contrario è con una decisione all'unanimità che si è chiuso il caso *Haas c. Svizzera* del 2011, nel quale la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi in materia di limiti alla incriminazione del "suicidio assistito" nella legislazione elvetica⁶⁸: escludendo una violazione dell'art. 8 CEDU, «tenuto conto del margine nazionale di apprezzamento di cui dispongono in tale ambito le autorità interne, [...] anche supponendo che gli Stati siano soggetti ad un obbligo positivo di adottare le misure che consentono facilitare un suicidio nel rispetto della dignità», la Corte si è rifiutata di considerare che si era verificata una violazione del disposto convenzionale. Ancora una volta, ben può comprendersi l'assenza di una presa di posizione più netta da parte della Corte, così come l'assenza di un divieto di incriminazione in materia⁶⁹. È d'altronde il medesimo risultato cui la Corte era pervenuta nel caso *Pretty c. Regno Unito*, dove si era rifiutata di riconoscere – questa volta dal punto di vista dell'art. 2 – il diritto di morire, nel senso di escludere un obbligo per le autorità nazionali di adottare misure positive per aiutare una persona a mettere un termine alla propria esistenza.

In definitiva, gli elementi che sono stati esposti confermano che il terreno dei diritti dell'uomo non rappresenta il campo dei diritti assoluti che esigono una protezione penale a qualsiasi costo: piuttosto, si tratta di un ambito nel quale il giudice deve mettere in atto le tecniche di bilanciamento permanente tra i differenti beni giuridici degni di protezione, un terreno nel quale il diritto alla vita entra talvolta in conflitto con altri interessi degni di protezione.

Non ci si soffermerà in questa sede sull'analisi dettagliata di altri beni giuridici di cui il diritto internazionale o europeo garantiscono la tutela, i quali

66 Così P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, in questo volume.

67 Corte eur., *Evans c. Regno Unito*, 10.4.2007 e *S.H c. Austria* dell'1.4.2010, la Corte sottolinea l'ampio potere discrezionale dello Stato. Sul punto M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, op. cit., p. 220.

68 Corte eur., *Haas c. Svizzera*, 20.1.2011.

69 Sull'assenza di consenso tra gli Stati sul punto cfr. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, op. cit., p. 224.

pure possono talvolta contribuire al meccanismo di impulso alla penalizzazione di cui le Corti assicurano la salvaguardia: si pensi, ad esempio, agli interessi *lato sensu* economici che sono all'origine di atti normativi dell'Unione i quali richiedono una penalizzazione ulteriore ad opera degli Stati membri. Tali atti sono all'origine di una forte domanda di norme penali che si traduce, talvolta, in un vero e proprio obbligo di criminalizzazione accompagnato da un controllo di tipo giurisdizionale. Senz'altro la filosofia di fondo su cui si reggono tali strumenti è in larga misura analoga a quella che si è rinvenuta in relazione al diritto alla vita: la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, costituisce, ad esempio, nella logica istituzionale ad essi sottesa, una questione fondamentale per la stessa sopravvivenza dell'Europa e presenta quindi i medesimi caratteri "totemizzanti" che si rinvencono in relazione ai diritti dell'uomo⁷⁰. Tuttavia, il nostro ambito di studio è già troppo vasto perché si possa coltivare l'ambizione di andare al di là delle frontiere del nucleo centrale dei diritti fondamentali.

È nel caso in cui la protezione di interessi economici rischi di *entrare in tensione con la tutela dei diritti fondamentali* che sorgono le maggiori difficoltà. Così la Corte di Giustizia ha già avuto l'occasione di pronunciarsi in merito al principio di precauzione e agli OGM, temi suscettibili di porsi in contrasto con la tutela della salute di cui i Trattati garantiscono ugualmente la protezione⁷¹, e in avvenire sono destinati ugualmente a porsi su questioni come quelle delle nanotecnologie o della brevettabilità della cellule del corpo umano⁷². Sarà quindi interessante verificare se, e in che misura, la tutela dell'essere umano continuerà a svolgere la sua funzione di fondamento della penalizzazione o se, viceversa, essa sarà destinata ad essere limitata da controinteressi di altra natura. Il discorso potrebbe d'altronde estendersi anche alla analisi di macro-interessi (*rationes* di tutela) come la sicurezza, che non possono legittimamente ergersi ad oggetto della tutela penale, se non a rischio di privare di senso la portata di obblighi di tutela selettivi, pur potendosi

70 C. Sotis, *La poule et l'œuf: intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, op. cit., pp. 253 ss.

71 S. Manacorda, *Le contrôle des clauses d'ordre public. La «logique combinatoire» dans l'encadrement du droit pénal* in *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, op. cit., pp. 57 ss.

72 Sulle nuove frontiere del diritto alla vita, cfr. D. Roets, *Eugénisme, clonage reproductif et transhumanisme: de l'obligation de protéger pénalement la vie humaine à l'obligation de protéger pénalement l'humanité de la vie?*, in «*Devoir de punir?*», op. cit., pp. 279 ss.

tuttavia porre in una tensione acuta con la protezione della vita e dell'integrità fisica dell'individuo, come l'esempio della lotta antiterrorista nella fase successiva all'11 settembre 2001 ha dimostrato⁷³.

9. *Obblighi di incriminazione e principi di legittimazione dell'intervento penale: il "lato oscuro" dei diritti umani?*

Una volta analizzati gli obblighi di tutela penale e parzialmente ridimensionata l'idea che essi siano all'origine di una rivoluzione profonda dei sistemi penali degli Stati parte, è giunto il momento di valutare tale prassi alla luce dei principi fondamentali del diritto penale. Negli anni sessanta era stato largamente respinto, da parte della dottrina penale, il potere delle Corti costituzionali di affermare obblighi positivi, in ragione della incidenza che essi avevano sulle prerogative del legislatore: le regole del gioco democratico impedivano di concedere al giudice un tale potere. Oggi, la parabola ascendente degli obblighi di tutela penale – di cui abbiamo osservato i fattori – è meno rilevante, certamente, di quanto non potrebbe a prima vista credersi ma resta, nonostante tutto, assai significativa. Rimane allora da chiedersi come ciò possa essersi realizzato, nonostante la relazione problematica che siffatti obblighi intrattengono con i fondamenti del potere di punire, o se tali principi abbiano conservato la loro funzione di scudo e riparo contro gli arbitri del potere e gli abusi della maggioranza. Ragionare in questa sede sulla integralità dei principi suscettibili di essere coinvolti da tale dinamica normativa valicherebbe le nostre ambizioni: ci si potrà viceversa concentrare sulle dimensioni che appaiono preponderanti, anzitutto in termini di legittimazione dell'intervento penale (*l'an dell'intervento penale*), per concentrarsi in seguito sui criteri che determinano le sue modalità di intervento (*il quomodo dell'intervento penale*).

Mettere in moto lo strumento penale affinché garantisca la tutela di interessi primari non è, di per sé, in contraddizione con la dimensione storica di un sistema punitivo di matrice liberal-garantista. Tuttavia, una scelta di questo tipo ha al suo interno taluni aspetti problematici: per convincersene è sufficiente interrogarsi sulla stessa logica di protezione dei diritti dell'uomo su cui tale dinamica riposa.

⁷³ D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, pp. 547 ss. Adde M. Delmas-Marty, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

Gli obblighi positivi disvelano infatti la dimensione bivalente che il sistema penale intrattiene con i diritti fondamentali: mentre lo *ius criminale* è stato storicamente concepito come la *magna charta* del delinquente, esso viene oramai a attingere ai diritti fondamentali dell'individuo per giustificare la propria esistenza. La valutazione della dottrina maggioritaria sul punto tende a sottolineare la tensione che emerge dalla doppia funzione, di freno e di motore, che i diritti dell'uomo sono destinati a giocare rispetto allo strumento penale. Nella stessa scia, le più approfondite analisi scientifiche di questi ultimi anni non hanno potuto fare a meno di denunciare il carattere ambiguo, e per certi versi contraddittorio, tra questi due poli della relazione⁷⁴. Così, se quasi tutti costatano la *doppia funzione di fondamento e di limite* esercitata dai diritti dell'uomo rispetto alle fattispecie incriminatrici⁷⁵, alcuni autori preferiscono ricorrere all'immagine figurata – e un po' guerreggiante – *della spada e dello scudo*⁷⁶. Numerosi sono poi quelli che si spingono a denunciare più chiaramente una *relazione che nel tempo si è invertita*⁷⁷, sino al punto di divenire *ambivalente*⁷⁸, e ad evocare la figura retorica per eccellenza utilizzata quando si vuole segnalare una inestricabile complessità dei dati in gioco, quella del *paradosso*⁷⁹.

Senza potersi negare che effettivamente queste dimensioni dei diritti dell'uomo coesistono, l'immagine che se ne intende trarre ci sembra larga-

74 Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, op. cit., p. 495: «Diritti fondamentali, sorti come strumenti “liberali” di garanzia dalla coercizione statale, vengono reinterpretati come fondamento della potestà punitiva ; che significa, insieme, rafforzamento e capovolgimento, del significato di tutela originario, in un intreccio a prima vista insolubile».

75 L. Picotti, *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, «Indice penale», 2003, pp. 259 ss.; V. Militello, *I diritti fondamentali tra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, «Ragion pratica», 2004, pp. 139 ss.; F. Palazzo, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2008, pp. 1 ss.

76 Y. Cartuyvels, *Droits de l'homme et droit pénal un retournement?*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., pp. 23 ss.

77 J. Pieret, *La subsidiarité du droit pénal et les droits de l'homme: la mouche et la bouteille à mouches? (première partie)*, «Revue de droit pénal et de criminologie», 2011, pp. 552 ss.

78 F. Ost, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénale et des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., pp. 7 ss.

79 M. Delmas-Marty, *Postface: d'un paradoxe à l'autre*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., pp. 613 ss.

mente reversibile e debitrice di una visione della penalità che rischia di apparire come parziale.

Reversibile, anzitutto, se si tiene conto che è estremamente difficile distinguere in quale misura i diritti dell'uomo costituiscano il fondamento dell'intervento punitivo dello Stato e in che misura essi ne divengano il limite: gli stessi autori che hanno sostenuto la tesi della spada e dello scudo hanno dimostrato il carattere fungibile dei due termini. Così, imporre la penalizzazione degli atti di tortura in nome della salvaguardia della dignità umana, come le Corti dei diritti dell'uomo a giusto titolo pretendono da lungo tempo, equivale ugualmente a vietare qualunque atto di tortura sull'imputato o il condannato.

Parziale, inoltre, giacché l'opposizione sovente messa in rilievo trascura il carattere indissociabile di questi due aspetti tra loro fortemente complementari: è immanente ai diritti dell'uomo – intesi come «processi trasformativi che innescano un movimento di messa in compatibilità delle differenze»⁸⁰, più che come valori universali precisi e definitivi – di delimitare l'esercizio delle prerogative sovrane, nel senso della penalizzazione come pure della depenalizzazione *lato sensu* intesa. La contraddizione tra i due ruoli svolti dai diritti dell'uomo rispetto al sistema penale è dunque più apparente che reale giacché il diritto penale costituisce lo strumento di protezione dei beni giuridici che si regge sul sacrificio della libertà personale dell'individuo. Tale tensione è dunque ontologicamente iscritta in un sistema penale di marca liberale e democratica: il doppio ruolo dei diritti fondamentali definisce un campo di forze che è consustanziale al diritto penale.

Resta tuttavia da chiedersi se attraverso la dinamica degli obblighi di tutela penale non sia un gioco più sottile, e per certi versi più perverso, che si mette in opera, nel senso che tali obblighi finirebbero per avere una *dimensione sovversiva rispetto ai diritti dell'uomo* che pretendono tutelare e che sono essenzialmente riconnessi alla posizione dell'accusato. È qui che l'idea dello *shadow side* dei diritti dell'uomo appare⁸¹, è l'immagine evocata autorevolmente della *buona o cattiva coscienza* dei diritti dell'uomo⁸², di un *volto nascosto* o più esattamente di un *lato oscuro* di questi ultimi che viene in ri-

80 Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, op. cit., p. 217.

81 Cfr. precipuamente in questo volume i saggi di P. Costa, M. Cartabia, e D. Pulitanò.

82 F. Tulkens, M. Van De Kerchove, *Les droits de l'homme: bonne ou mauvaise conscience du droit pénal*, in F. Verbruggen, R. Verstraeten, D. Van Daele, B. Spriet (a cura di), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, 2005, pp. 950 ss.

lievo. Per rispondere a questa domanda occorre volgere lo sguardo al criterio tradizionale di legittimazione dell'intervento punitivo, il principio di offensività, per verificare se la sua capacità di resistenza sia ancora attuale.

10. *Eclissi del principio di offensività e irruzione della vittima sulla “scena penale”?*

Nel dibattito dottrinale che è sorto in Germania intorno alla categoria del *Rechtsgut* modernamente inteso, e che si è irradiato successivamente in un elevato numero di contesti giuridici che ne hanno subito l'influenza, la legittimazione dell'intervento penale è rimessa all'esistenza di un'offesa effettiva o potenziale ad un bene giuridico che rientri nel catalogo di quelli degni di tutela, catalogo che preesiste rispetto alle scelte del legislatore e che opera essenzialmente come strumento critico nei suoi confronti. Orbene, ci si può chiedere se gli obblighi di tutela penale, nella misura in cui affiancano e poi sostituiscono la decisione politica con il vaglio giurisdizionale, conducendo ad un impulso alla penalizzazione che supera le inerzie del legislatore interno per dare effettività alla tutela dei diritti fondamentali, vengano a costituire un passo ulteriore in direzione di un rafforzamento del ruolo del bene giuridico.

È lecito dubitarne giacché ciò che viene meno nella dinamica degli obblighi di tutela penale è proprio una delle dimensioni principali della teoria del bene giuridico, la sua funzione critica di delimitazione ed inquadramento dell'intervento punitivo. Con una eterogenesi dei fini, il *Rechtsgut* viene a fondare piuttosto che a limitare il ricorso allo strumento penale. Dietro l'avanzata degli obblighi di tutela penale è quindi l'affermazione di un funzionalismo e di un utilitarismo crescenti che rischiano di delinearci: nutriti da una visione largamente ottimista, se non più esplicitamente strumentale e simbolica, del ricorso allo strumento penale, i diversi giudici internazionali sembrano volerli affidare il compito palinogenetico di salvaguardare i valori essenziali consacrati nelle rispettive Carte, senza preoccuparsi affatto delle ricadute concrete di questa opzione politico-criminale⁸³. Gli obblighi di tutela penale finiscono quindi per rappresentare uno degli aspetti della più ampia trasformazione dell'orizzonte giuridico entro il quale si inserisce il diritto penale, di cui si deli-

⁸³ Sottolinea in termini positivi questo punto di vista della Corte Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 254.

nea in termini sempre più netti un volto “post-moderno”⁸⁴, caratterizzato dalla svalutazione progressiva dei suoi connotati moderni e oramai tradizionali.

Non si può sottovalutare, in tale ambito, il ruolo giocato dalla retorica dei diritti dell’uomo, che fa degli stessi un tema federatore ma anche un oggetto praticamente intoccabile, un “totem” o un “tabù” del discorso pubblico, che finisce d’altronde per combinarsi con la retorica del diritto penale, anch’essa estremamente potente⁸⁵. Chi si opporrebbe al rafforzamento della tutela dei diritti dell’uomo, salvo forse a riflettere sulla circostanza che la loro protezione non può essere priva di limiti se non si vuole che interferisca con altre posizioni soggettive altrettanto degne di tutela (quelle dell’imputato, essenzialmente) o con contro-interessi che uno Stato democratico deve ugualmente garantire (la libertà di manifestazione del pensiero, a titolo d’esempio)? In definitiva la vocazione dei più fondamentali diritti dell’uomo – e della vita tra essi – a porsi come valori a protezione assoluta finisce per contraddire la natura dialogica della teorica del ben giuridico e quindi di svilirne anziché rafforzarne la portata.

Più a fondo, allora, ci si potrebbe porre l’interrogativo circa il significato effettivo degli obblighi positivi e in particolare se esso non rappresenti una delle manifestazioni di una certa inadeguatezza della teoria del bene giuridico a rappresentare, preso isolatamente, uno strumento di resistenza sufficiente rispetto all’arbitrio potenziale del legislatore, se ciò non dimostri una difficoltà di questo concetto a soddisfare le esigenze per il quale storicamente si è imposto, ad una “promessa non mantenuta” della teoria del *Rechtsgut*. D’altronde, l’elaborazione di matrice anglo-sassone dell’*harm principle*, anche nella sua versione più elaborata ed approfondita⁸⁶ non sembra aver offerto strumenti realmente capaci di limitare il ricorso al diritto penale⁸⁷.

Accedendo alla tesi proposta, gli obblighi di tutela penale, senza essere all’origine della perdita di punti di riferimento del diritto penale, prenderebbero comunque parte a tale processo: sarebbero a loro volta un effetto del progressivo meccanismo di sostituzione dell’interesse protetto come punto di ancoraggio dell’intervento penale mediante altri valori. Tra questi ultimi

84 M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (a cura di), *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009.

85 Y. Cartuyvels, *Droits de l’homme et droit pénal un retournement?*, in *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., p. 37.

86 J. Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1985-1986.

87 G. Fiandaca, G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.

emerge la dimensione crescente della vittima, un cambiamento di prospettiva che conduce a obliterare i fondamenti del sistema penale e a trasformarne le finalità. In questo ambito è attraverso le parole espresse in una opinione dissidente dalla giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo e illustre penalista Françoise Tulkens che appare possibile comprendere i limiti del ragionamento dominante e le derive suscettibili di discenderne⁸⁸:

Abbiamo coscienza del fatto che anche le vittime del crimine, le loro famiglie ed il pubblico più ampiamente hanno tutti interesse a che coloro che realizzano condotte penalmente rilevanti siano perseguiti e sanzionati. Tuttavia, dal nostro punto di vista, esiste un interesse pubblico concorrente del pari essenziale ed imperativo a che siano preservati i valori delle società civili fondate sulla preminenza del diritto.

Delle trasformazioni profonde del diritto penale si intravedono dietro tali dinamiche: è l'orizzonte teleologico della sanzione, e più ampiamente le funzioni stesse dell'intervento penale, che si modificano mediante un appello crescente alle componenti della retribuzione e della prevenzione generale negativa⁸⁹, sono i principi chiamati a delimitare l'intervento punitivo che rischiano di essere affievoliti.

11. Rovesciamento dell'*ultima ratio*?

Anche i principi che regolamentano le modalità di intervento del diritto penale rischiano di essere sottoposti ad una tensione permanente per effetto degli obblighi di tutela penale. Due grandi pilastri di un diritto penale di matrice liberal-garantista, vale a dire l'*ultima ratio* e la proporzionalità hanno difficoltà a resistere agli impulsi di penalizzazione che scaturiscono, attraverso i giudici, dal contesto normativo internazionale ed europeo. Sorge allora il rischio di un rovesciamento significativo della posizione del diritto penale, il quale potrebbe essere chiamato ad intervenire senza necessità di dimostrare che gli

⁸⁸ Opinione parzialmente dissidente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku e Power.

⁸⁹ M. van De Kerchove, *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op. cit., pp. 337 ss.; M. van De Kerchove, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.

strumenti molto meno limitativi delle libertà personali potrebbero essere in grado di garantire l'effetto utile ricercato o senza che sorga alcuna preoccupazione circa il rapporto che deve sussistere tra la gravità dell'offesa e la misura della risposta.

È senz'altro vero che il diritto alla vita attiene indubbiamente al *Kernstrafrecht* e non al *Nebenstrafrecht* e che si espone pertanto in misura minore, rispetto ad altri beni giuridici, alle perplessità di quanti denunciano una sovra-penalizzazione fuori controllo. Nessuno potrebbe ragionevolmente dubitare dell'esistenza di una legittimazione al ricorso al diritto penale per salvaguardare la vita umana e un obbligo di incriminazione di tal fatta potrebbe essere considerato addirittura superfluo, giacché non esiste un solo legislatore che non disponga di un ampio ventaglio di fattispecie incriminatrici per garantire la tutela penale del bene vita.

Tuttavia, nessun valore può divenire così assoluto da giustificare in ogni caso l'intervento penale senza che occorra una dimostrazione preliminare della sua necessità, al rischio altrimenti di determinare il sovvertimento delle funzioni del diritto penale e della pena. Un rischio di tal genere è stato già evidenziato dinanzi alla Corte europea dei diritti, ancora una volta, in una celebre opinione concordante ma separata adottata a margine della sentenza *M.C. c. Bulgaria* del 4 dicembre 2003 dal giudice Françoise Tulkens⁹⁰. La Corte di Strasburgo condannò la Bulgaria per non aver perseguito penalmente gli autori presunti di una violenza sessuale, fondandosi sull'assenza di prova di una resistenza significativa da parte della vittima. Per la Corte, in realtà, un obbligo positivo di penalizzazione e di esercizio dell'azione penale incombe agli Stati in materia di violenza sessuale in mancanza di consenso della vittima. Nella opinione illuminata della Giudice:

il solo punto che desidererei chiarire riguarda l'uso della strada penale. [...], il ricorso al diritto penale può facilmente comprendersi per questo tipo di reati. Tuttavia [...] penso che l'intervento penale debba restare, in teoria così come in pratica, un rimedio ultimo, un intervento solo sussidiario e che il suo uso, anche nel campo degli obblighi positivi, deve essere oggetto di un certo *self-restraint*.

Il rischio, in definitiva, è che una tale mobilitazione del sistema repressivo «riposi su di un postulato contestabile: quello della efficacia del diritto penale»⁹¹.

⁹⁰ Corte eur., *M.C. c. Bulgaria*, 4.1.2.2003.

⁹¹ Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, op. cit., pp. 575 ss.

D'altronde la scelta a favore della risposta penalistica sembra condurre la giurisprudenza di Strasburgo ad una curiosa contraddizione. Mentre essa si è sforzata di costruire la nozione autonoma di «materia penale» al fine di accordare agli individui le garanzie similari nel caso di sanzioni propriamente penali e sanzioni punitive a contenuto repressivo, ma di natura amministrativa, la Corte sembra dimenticare i propri insegnamenti: «più diritto penale per tutti!» è la parola d'ordine che rischia di caratterizzare il meccanismo degli obblighi positivi, segnando così il declino della materia penale e la paradossale espansione ad opera della Corte del diritto maggiormente repressivo.

12. *Abbandono dei corollari della legalità penale?*

La limitazione dell'autarchia nazionale è all'origine delle Carte internazionali di protezione dei diritti dell'uomo ed il progressivo affievolimento del legittimismo è senz'altro alla base del controllo di convenzionalità/costituzionalità⁹². Non vi è quindi da stupirsi del fatto che il meccanismo degli obblighi di tutela penale entri in tensione con il principio di legalità. Sorge comunque il dubbio se una tale penalizzazione decretata in via giudiziaria sia conforme rispetto alla tutela dell'individuo di cui il *nullum crimen, nulla poena sine lege* è la principale garanzia. Sin quando l'obbligo esiga un atto normativo per esplicitare i suoi effetti vincolanti rispetto agli individui, la questione rileva unicamente dal punto di vista della separazione dei poteri e della reale capacità del legislatore di non spogliarsi delle proprie prerogative, evitando di rifugiarsi dietro l'alibi della penalizzazione di fonte internazionale. Tale lettura supera la conclusione pessimista alla quale giungono coloro che considerano che «in ogni caso, l'obbligo giurisprudenziale di incriminare, quale che sia la forma in cui si esprime, finisce sempre per privare il legislatore perlomeno della decisione penale, ovvero di privare lo Stato membro del proprio margine nazionale di apprezzamento»⁹³. Il principio del *nullum crimen* risulterebbe in effetti rispettato a partire dal momento in cui la responsabilità penale individuale venga a dipendere, in ultima istanza, da una norma incriminatrice.

92 A. Giudicelli, *Le principe de la légalité en droit pénal français: Aspects légistiques et jurisprudentiels*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2007, pp. 509 ss.

93 Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, op. cit., pp. 575 ss.

minatrice legislativa preesistente⁹⁴. Tuttavia, si potrebbe rinvenire anche in questo nuovo quadro un elemento ulteriore nella trasformazione del concetto di legalità in senso più reticolare, nel quale il divieto finirebbe per poggiare sulla co-determinazione da parte delle autorità che detengono il potere normativo a livello interno ed internazionale, associando ugualmente i giudici. Dimensione questa che ben si concilierebbe con la dimensione materiale della legalità delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁹⁵.

Tra l'altro, come si è avuto occasione di constatare precedentemente, è raro che gli obblighi di tutela penale diano luogo ad una incidenza diretta sulla fattispecie incriminatrice. Sono più spesso gli obblighi di natura procedurale che si configurano come risultante delle decisioni dei giudici di Strasburgo, e talvolta i divieti di depenalizzazione *lato sensu* intesa. In entrambe le ipotesi, la tensione con il principio di legalità si trova senz'altro attenuata. I casi che emergono nella giurisprudenza della Commissione e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo sono esemplari da tale punto di vista: il giudice può annullare un provvedimento di amnistia, una legge che impone dei termini di prescrizione troppo brevi e sinanche un referendum pubblico che abbia portato alla approvazione di atti normativi che hanno come scopo di "fare i conti con il passato" nell'ambito della c.d. giustizia di transizione. È il medesimo schema che si ripete nel caso in cui una delle norme penali nazionali venga a porsi in un conflitto triadico con la norma internazionale (tipicamente neutralizzazione *in malam partem*). Non c'è quindi da stupirsi del fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo imponga agli Stati parte recalcitranti di garantire il rispetto del diritto alla vita, soprattutto in relazione a offese che provengano dalle forze dell'ordine, adottando norme processualpenalistiche serie ed evitando cause di esclusione della responsabilità troppo late⁹⁶.

C'è tuttavia una serie di ipotesi che solleva qualche perplessità: anzitutto, anche in relazione ai divieti di depenalizzazione, è il corollario della non retroattività della norma penale che può risentirne. La questione si è posta dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla prescrittibilità dei crimini di guerra per fatti commessi oramai alcuni decenni addietro. Attraverso l'opinione dissidente della giudice Tulkens è possibile apprezzare

94 Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 295.

95 V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., pp. 69 ss.

96 Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 297.

ancora una volta le diverse sensibilità per quanto riguarda l'applicazione non retroattiva della norma penale:

il punto di partenza, a nostro avviso, risiede nel fatto che l'art. 7 CEDU e il principio che esso consacra, esigono che, in un ordinamento giuridico fondato sullo Stato di diritto, colui che si propone di realizzare una condotta possa, riportandosi alle norme che definiscono le fattispecie incriminatrici e le sanzioni corrispondenti, determinare il carattere criminoso o meno di tale atto e la pena che rischia di vedersi inflitta laddove compia l'atto in questione. Pertanto, non può parlarsi di applicazione retroattiva del diritto sostanziale laddove una persona è condannata, anche se a distanza di tempo, fondandosi su una disposizione che era in vigore al momento della commissione del fatto. Considerare, come la Corte europea lo lascia intendere, che la questione processuale della prescrittibilità faccia parte integrante della applicabilità dell'art. 7, che essa è legata alla questione dell'applicazione retroattiva della legge penale e che essa ha lo stesso peso che le condizioni di esistenza di una fattispecie incriminatrice e della relativa pena può condurre a risultati indesiderabili suscettibili di indebolire la portata dell'art. 7.

Inoltre, come già segnalato, è attraverso le diverse interpretazioni da parte del giudice interno che appaiono dei rischi, allorquando questi adatti – attraverso l'interpretazione adeguatrice – il quadro giuridico penale ritenuto insufficiente rispetto agli imperativi di fonte internazionale, con la conseguenza che l'obbligo di incriminazione è suscettibile di imporsi direttamente agli individui (persone fisiche ma oramai anche giuridiche), senza intermediazione da parte del legislatore. In quest'ultimo caso non è neppure una legge più severa ma preesistente che si applica o una norma generale che si estende: si tratta piuttosto di una vera e propria *judge made law* che finisce per imporsi.

13. *Deriva o rinnovamento del sistema penale per effetto degli obblighi?*

In guisa di conclusione occorre chiedersi se, come conseguenza della dinamica espansiva degli obblighi di tutela penale, che qui si è analizzata, ci si trovi in presenza di un rinnovamento benvenuto del sistema penale e dei suoi principi fondatori, frutto segnatamente dell'internazionalizzazione o se, viceversa, ci si trovi dinnanzi ad una "deriva" del diritto e della procedura penale, che finirebbero allora per presentare una dimensione via via più simbolica, accessoria e strumentale. Diversi elementi potrebbero indurre a temere che gli obblighi di tutela penale costituiscano un fattore ulteriore che concorre ad un certo degrado del sistema penale o più esattamente, una nuova veste

nella quale la vocazione repressiva e paternalista di questo diritto si presenta oggi⁹⁷.

L'analisi appena condotta permette tuttavia di misurare attentamente il fenomeno degli obblighi e di relativizzare un certo numero di inquietudini che esso ha finito per sollevare. Le modifiche espansive del diritto penale sostanziale sono in realtà numericamente ridotte – e ciò a causa dei limiti inerenti al meccanismo degli obblighi positivi e della portata incerta dello stesso diritto alla vita – e globalmente risultano comprensibili. I grandi principi del diritto penale sono oggi sottoposti ad un sistema complesso di tensioni, nei quali gli obblighi di tutela penale si iscrivono pur conservando in buona misura la propria capacità di resistenza.

La Corte europea è consapevole dei limiti di questo richiamo al diritto penale, anzitutto rifiutandosi di riconoscere che si possa immaginare un diritto di punire da parte del soggetto passivo e un correlativo dovere di punire a carico dello Stato parte. Nel già citato caso *Alikaj e altri c. Italia* del 2011, la Corte ha chiaramente statuito che: «L'articolo 2 non può essere interpretato nel senso di implicare, in quanto tale, un diritto per il ricorrente a far perseguire o a condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato che preveda che ogni procedimento debba sfociare in una condanna, ovvero nella comminatoria di una pena determinata» (§ 95)⁹⁸.

Inoltre la Corte ha mostrato di avere consapevolezza dei limiti inerenti alla propria funzione, precisando che il suo compito consiste nel giudicare la responsabilità degli Stati e non quella penale degli individui, questione che resta fortemente distinta dalla prima. Nella celebre decisione *Giuliani* del 2011, la Grande Camera ha sottolineato, a giusto titolo che:

occorre non perdere di vista che la responsabilità penale si distingue dalla responsabilità dello Stato ai sensi della Convenzione. La competenza della Corte si limita a determinare la seconda. [...] Non si deve confondere la responsabilità di uno Stato in ragione degli atti dei suoi organi, agenti o impiegati, con le questioni di diritto interno che riguardano la responsabilità penale personale, la cui valutazione spetta alle giurisdizioni interne. Non

97 Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, op. cit.

98 *Contra* Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, op. cit., p. 256: «Da ciò risulta che la effettiva punizione dei responsabili in sede penale è di fatto considerata dalla Corte come l'unico ristoro adeguato (eventualmente accanto ad altri rimedi, di ordine risarcitorio o disciplinare) che lo Stato deve necessariamente assicurare alla vittima di violazioni dei diritti fondamentali di particolare gravità per risultare in linea con i propri obblighi convenzionali».

rientra alle funzioni della Corte il fatto di emettere dei giudizi di colpevolezza o di innocenza ai sensi del diritto penale.

Dinanzi alla moltiplicazione dei testi di tutela dei diritti dell'uomo e all'inevitabile impulso al ricorso al sistema penale, si tratta allora di sfuggire all'entusiasmo facile della panpenalizzazione, come pure al ripiegamento etnocentrico che rifiuta ogni dialogo con l'esterno. Ciò che deve essere preservata è la natura pluralista della legalità come garanzia del carattere discorsivo ed aperto delle scelte di incriminazione, e ciò anche in presenza dei valori – quali certamente il diritto alla vita – che potrebbero facilmente acquisire una valenza assolutizzante⁹⁹. È la faticosa operazione di bilanciamento tra interessi in tensione che deve guidare la scelta del legislatore penale (e dunque interno), senza consentire che la scelta se incriminare o meno una data condotta sia sottratta al dibattito politico, democratico e aperto per essere attratta in un'area indistinta della decisione internazionale, dominata dalle componenti governative e burocratiche. Nel punire e non punire convergono certamente anche le valutazioni politico-criminali espresse dalla comunità internazionale, senza però che queste acquisiscano la dimensione di imperativi categorici, ai quali ineluttabilmente sottomettersi.

99 Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, op. cit., pp. 518 ss.

PROTEGGERE O DOMINARE? SOVRANITÀ E DIRITTI UMANI
NEL DIBATTITO SULLA “RESPONSIBILITY TO PROTECT”

Luca Scuccimarra

1. La dottrina della *responsibility to protect* può essere per molti versi considerata come il più avanzato momento di «cristallizzazione normativa» della peculiare «svolta umanitaria» impostasi nella teoria e nella prassi delle relazioni internazionali nel corso degli ultimi vent’anni¹. Nella formulazione approvata, con il massimo livello di solennità, dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nel *2005 World Summit Outcome Document* tale dottrina fa, infatti, sue – sebbene, a parere di alcuni, in forma decisamente «annacquata»² – le principali istanze maturate nel corso di quel processo, fissando alcuni principi che dovrebbero rappresentare un punto di non ritorno sulla strada di una nuova e più evoluta forma di ordine internazionale: in particolare, il riconoscimento «che tutti gli Stati hanno la responsabilità di proteggere le loro popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica e dai crimini contro l’umanità»; che i membri delle Nazioni Unite hanno il dovere di assistere gli Stati nell’adempimento di tale responsabilità e che «quando uno Stato viene manifestamente meno alle proprie responsabilità, attori esterni debbono assumere iniziative “tempestive e decisive” per proteggere le popolazioni da questi crimini in modi compatibili con la Carta delle Nazioni Unite»³.

1 M. Serrano, *The Responsibility to protect and its Critics: Explaining the Consensus*, «Global Responsibility to Protect», n. 3, 2011, pp. 1-13, in part. p. 3. Sulla «svolta umanitaria» delle relazioni internazionali si veda, in sintesi, I. Holliday, *Ethics of Intervention: Just War Theory and the Challenge of the 21st Century*, «International Relations», Vol. 17/2, 2003, pp. 115-133.

2 A. J. Bellamy, *Whither the Responsibility to Protect? Humanitarian Intervention and the 2005 World Summit*, «Ethics & International Affairs», Vol. 20, n. 2, 2006, p. 144. Nel volume *Humanitarian Intervention: Ideas in Action*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 117, T. G. Weiss ha definito il linguaggio del summit come una “Responsibility to Protect lite”, «giacché l’intervento umanitario deve essere approvato dal Consiglio di Sicurezza».

3 A. J. Bellamy and P. Williams, *On the limits of moral hazard: The ‘responsibili-*

Ci troviamo evidentemente in presenza di una concreta ridefinizione del rapporto – in verità sin dall’inizio problematico – esistente tra il «vecchio ordine della sovranità nazional-statale legata al diritto internazionale»⁴ e quella sfera di fondamentali ed intangibili attribuzioni giuridico-morali che il pensiero della modernità ha abitualmente associato alla dimensione dell’*umano*. Ad essere messo in questione in questi passi è, infatti, proprio quel «principio particolaristico della sovranità degli Stati e della inviolabilità delle loro frontiere», presente, almeno secondo una consolidata narrazione, alla base del processo di formazione del moderno sistema delle relazioni internazionali dalla pace di Vestfalia sino alla nascita delle Nazioni Unite⁵: vale a dire «la pretesa, un tempo indiscutibile, dello Stato sovrano di essere il luogo principale di potere e lealtà» e la sua parallela rivendicazione di «una libera

ty to protect, armed conflict and mass atrocities, «European Journal of International Relations», 18, 2012, pp. 531 s. Cfr. UN GAOR, Sixtieth Session, 8th plen. mtg., UN Doc. A/RES/60/1, paras. 138 and 139 (October 24, 2005), <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/No5/487/60/PDF/No548760.pdf?OpenElement>>: «138. Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it. The international community should, as appropriate, encourage and help states to exercise this responsibility and support the United Nations in establishing an early warning capability. 139. The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organisations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping states build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and to assisting those which are under stress before crises and conflicts break out».

4 U. Beck, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004; trad. it. *Lo sguardo cosmopolita*, Roma, Carocci, 2005, p. 174.

5 D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 60 ss.

discrezionalità riguardo alla produzione e alla distribuzione di beni pubblici e alla determinazione dei diritti e delle obbligazioni» dei soggetti presenti all'interno delle sue frontiere⁶. Al tradizionale modello di sovranità *chiusa*, protetta dall'interferenza di altri soggetti nel proprio ambito di «giurisdizione interna»⁷, viene così, almeno in parte, sovrapponendosi una forma di sovranità *aperta*, esposta nell'esercizio delle sue stesse fondamentali prerogative giuridico-istituzionali alla sorveglianza e al giudizio della comunità internazionale. Un passaggio, questo, che secondo lo storico Martin Gilbert segna una profonda cesura nella storia del moderno sistema delle relazioni internazionali:

A partire dalla Pace di Vestfalia del 1648, la non interferenza nelle politiche interne anche dei governi più repressivi è stata la regola aurea della diplomazia internazionale. Il concetto di "responsabilità di proteggere" [...] ha proposto il più significativo aggiustamento alla sovranità nazionale nel corso di 360 anni. Esso ha affermato che affinché la sovranità di un Paese sia rispettata deve dimostrare responsabilità nei confronti dei suoi stessi cittadini.⁸

Se così stanno le cose, non può sorprendere che qualcuno abbia voluto vedere in questo rinnovato approccio al contesto delle relazioni internazionali l'espressione di una nuova forma di *international political morality*, fondata non più sul «particolarismo» della moderna società degli Stati, bensì sul «cosmopolitismo della cosiddetta società globale»⁹: in altre parole, una nuova concezione dello *spazio di esperienza morale* come luogo di fondazione

6 T. J. Farer, *Humanitarian Intervention before and after 9/11: legality and legitimacy*, in J. L. Holzgrefe e R. O. Keohane (a cura di), *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 55.

7 *Charter of United Nations*, art. 2 (7): «Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII».

8 M. Gilbert, *The Terrible 20th Century*, «The Globe and Mail», 31 January 2007, citato in L. Axworthy, A. Rock, *R2P: A New and Unfinished Agenda*, «Global Responsibility to Protect», 1, 2009, p. 69.

9 A. Colombo, *La disunità del mondo. Dopo il secolo globale*, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 15. Utilizzo l'espressione «international morality» per indicare la costellazione di principi morali specificamente deputati a regolare le «relazioni tra i cittadini o le autorità (*officials*) di differenti Stati», come suggerito da T. Nardin in *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton, Princeton University Press, 1983, p. 233.

del complesso delle relazioni giuridico-politiche all'interno e all'esterno degli Stati, pensata in esplicita contrapposizione a quella – territorialmente segmentata e comunitariamente qualificata – impostasi nel *mainstream* della modernizzazione occidentale. Considerata nel suo generale impianto *fondativo* – e cioè nel complesso di «radici» e «ragioni fondamentali»¹⁰ che, in modo più o meno esplicito, ne sostiene i principi – la dottrina della «responsabilità di proteggere» sembra, infatti, fare sostanzialmente propri i fondamentali assunti di quella radicale versione dell'universalismo morale che in un celebre saggio dell'inizio degli anni Novanta Thomas Pogge ha definito «moral cosmopolitanism».¹¹ Come ricorda Terry Nardin, gli esponenti di questa linea di pensiero sono convinti che gli individui «stiano in una certa relazione morale gli uni rispetto agli altri»¹² non solo «come cittadini o membri di diversificati gruppi religiosi, etnici o di altro tipo, ma anche semplicemente come persone», e che questa relazione implichi dei doveri di assistenza e protezione reciproca che prescindono dai vincoli dell'appartenenza politica¹³. Muovendo da questi assunti diviene perciò possibile sostenere che, in casi estremi, sia non solo legittimo, ma addirittura doveroso fare ricorso all'uso della forza per difendere i cittadini di un altro Stato che siano sottoposti ad atti di violenza con il coinvolgimento o la complicità del proprio stesso governo.

Nel corso degli ultimi anni, discutere della *responsabilità di proteggere* in riferimento alle impegnative sfide dell'epoca globale ha significato perciò anche confrontarsi con il problema di un'adeguata giustificazione teorica delle impegnative istanze normative presenti alla base di questo modello. Un obiettivo, questo, che nel più recente dibattito sul tema è stato perseguito in particolare, anche se non esclusivamente, attraverso l'utilizzo di istanze costruttive palesemente ispirate alla morale deontologica kantiana e al suo

10 R. H. Cooper, J. Voïnov Kohler, *Introduction*, in R. H. Cooper, J. Voïnov Kohler (ed. by), *Responsibility to protect. The Global Moral Compact for the 21st Century*, New York, Palgrave MacMillan, 2009, p. 6. Ma si veda anche C. Bassiouni, *Advancing the Responsibility to Protect Through International Criminal Justice*, *ivi*, pp. 31 ss.

11 Cfr. K. Sangha, *The Responsibility to Protect: A Cosmopolitan Argument for the Duty of Humanitarian Intervention*, «Expressions», Winter 2012, in part. pp. 5 s. Il riferimento è a T. Pogge, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, «Ethics», n. 103/1, 1992, pp. 48-75; trad. it. *Cosmopolitismo e sovranità*, in T. Pogge, *Povert  mondiale e diritti umani. Responsabilit  e riforme cosmopolitiche*, Roma-Bari, Laterza, pp. 201 ss.

12 *Ivi*, p. 203.

13 T. Nardin, *International Political Theory and the Question of Justice*, «International Affairs», 82/3, 2006, pp. 449 ss.

imperativo del *rispetto per l'umanità*¹⁴. Ciò che ci troviamo di fronte in tale ambito di discorso non è, dunque, altro che una perfetta dimostrazione del ruolo-chiave oggi da più parti attribuito alla dimensione dell'*umano* come «basic normative status» del nuovo ordine giuridico e politico dell'epoca globale. Come ha sottolineato James Bohman, far propri i principi di una «cosmopolitan political morality» significa, infatti, in ultima analisi «adottare la prospettiva dell'umanità» come punto di vista privilegiato nel confronto riflessivo con le norme e le pratiche correntemente vigenti all'interno e all'esterno degli Stati. Perché è proprio in un discorso sulle intangibili prerogative dell'umano che troviamo pienamente articolata a livello teorico «la prospettiva dell'altro generalizzato, una prospettiva non solo critica, ma anche produttiva di obbligazioni nella misura in cui essa accredita (*validates*) pretese di giustizia in precedenza non riconosciute»¹⁵.

È forse superfluo sottolineare la strategica centralità che in questo percorso di rifondazione normativa è stata assunta dall'espansivo linguaggio della *human rights theory*. Come molti sostenitori di un approccio «cosmopolitico ai dilemmi della società globale, anche i teorici della *responsibility to protect* si servono, infatti, in modo privilegiato di tale linguaggio per dare una forma normativamente compiuta al riconoscimento di ciò che davvero «significa essere umani»¹⁶. Da questo punto di vista, la dottrina della *responsabilità di proteggere* può essere perciò ricondotta ad alcune «premesse generali», che, in un modo o nell'altro, sembrano essere condivise da pressoché tutti gli esponenti del «cosmopolitismo dei diritti»: l'idea, cioè, che esistano «diritti generali e basilari condivisi da tutti gli esseri umani, diritti pretesi dall'umanità per tutta l'umanità»; che lo Stato «e le altre istituzioni ad esso collegate»

14 T. Nardin, *The Moral Basis of Humanitarian Intervention*, «Ethics & International Affairs», n. 2, 2002, pp. 57 ss., in part. pp. 64 ss.; Idem, *International Political Theory and the Question of Justice*, cit., in part. pp. 459 ss.; C. Bagnoli, *Humanitarian Intervention as a Perfect Duty: a Kantian Argument*, in T. Nardin e M. S. Williams (a cura di), *Humanitarian Intervention* New York/London, New York University Press, 2006, pp. 117 ss.

15 J. Bohman, *Democracy across Borders. From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge-London, MIT Press, 2007, p. 116. Ma su questo impianto e le sue necessarie integrazioni si veda anche S. Benhabib, *Another Universalism. On the Unity and Diversity of Human Rights*, in Idem, *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubled Times*, Cambridge/Malden, Polity Press, 2011, pp. 56 ss.

16 A. Vincent, *Particularism, human rights and the transnational challenge*, in W. Hudson, S. Slaughter (ed. by), *Globalisation and Citizenship. The transnational challenge*, London-New York, Routledge, 2007, pp. 113 ss.

abbiano valore solo nella misura in cui difendano «i diritti umani dei propri cittadini»; e, soprattutto, che quei diritti generino in tutti gli altri uomini il *dovere* di contribuire attivamente alla loro realizzazione, secondo modalità che trascendono i tradizionali confini dell'appartenenza e della lealtà politica¹⁷. Secondo tale linea di pensiero, dunque, «solo quegli Stati che coltivano con cura, nutrono e proteggono i diritti fondamentali dei propri cittadini, adempiendo così alle proprie responsabilità sovrane, godono pienamente della panoplia dei diritti sovrani»¹⁸. Se, invece, «uno Stato manca di proteggere o viola direttamente i diritti dei suoi cittadini, è dovere degli altri Stati, come rappresentanti collettivi dei doveri “esterni” dei loro cittadini, intervenire per proteggere gli esseri umani messi a rischio».

Non è un caso, dunque, che sin dalla sua prima formale enunciazione a livello internazionale – quella proposta nel 2001 dalla *International Commission on Intervention and State Sovereignty*¹⁹ – la dottrina della *responsibility to protect* sia stata interpretata come un tentativo di superare la tradizionale «opposizione binaria tra diritti umani e sovranità statale»²⁰ attraverso la «riconcettualizzazione» della nozione stessa di «sovranità» in termini di protezione dei diritti²¹. È proprio attraverso l'«ancipite volto di Giano» dei diritti umani²² – simultaneamente rivolti al riconoscimento dell'universale

17 Sangha, *The Responsibility to Protect* cit., pp. 5 ss. Ma sui generali fondamenti teorici di questo approccio si veda lo «standard cosmopolitan argument for humanitarian intervention» in S. Caney, *Justice Beyond Borders: A Global Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 231 ss.

18 A. Bellamy, *Global politics and the responsibility to protect: From words to deeds*, London, Routledge, 2011, p. 10.

19 Cfr. International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *Responsibility to Protect*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001. Ma sul punto si veda anche T. G. Weiss, Don Hubert, *The Responsibility to Protect: Research, Bibliography, Background*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001; G. Evans, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Washington, Brookings, 2008.

20 R. Devetak, *Between Kant and Pufendorf: humanitarian intervention, statist anti-cosmopolitanism and critical international theory*, «Review of International Studies», n. 33, 2007, pp. 151 ss., in part. p. 159.

21 T. Mohamad Abbas, *The Shifting Discourse of the “Responsibility to Protect”: Any Significance to the “Humanitarian Intervention” Debate?*, messo in rete nel sito e-International Relations <www.e-ir.info> il 23 agosto 2012.

22 J. Habermas, *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, in Idem, *Die Postnationale Kostellation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998; trad. it. *Legittimazione tramite*

sostanza di valore dell'umano e alla determinazione delle condizioni *procedurali* della sua realizzazione – che anche in tale contesto i principi della «cosmopolitan morality» hanno potuto trasformarsi, così, da mera enunciazione teorica in concreto programma d'azione, facendosi a poco a poco spazio nella complessa e articolata intelaiatura giusinternazionalistica della società globale²³. In tale prospettiva, è possibile leggere, dunque, anche l'evocativa concezione della «sovereignty-responsibility» impostasi nello sviluppo di questo processo²⁴ come l'interessante sintomo dell'inizio di una nuova epoca nella storia del riconoscimento e della tutela dei diritti umani, quella che Geoffrey Robertson ha definito «the age of human rights enforcement»²⁵. Un'epoca caratterizzata dall'emergere di uno spazio globale di relazioni intersoggettive fondato sul riconoscimento di universali diritti individuali, vincolanti anche nei confronti degli Stati e ad essi opponibili, se necessario persino attraverso l'uso della forza²⁶.

2. A dispetto delle grandi aspettative suscitate almeno in una parte della sfera pubblica internazionale²⁷, la dottrina della *responsibility to protect* resta però a tutt'oggi una concezione altamente controversa, di cui si continua a discute-

diritti umani, in *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 221.

23 G. Evans, *From an Idea to an International Norm*, in Cooper, Voïnov Kohler (ed. by), *Responsibility to protect* cit., p. 16.

24 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Ottawa, International development Research Centre, 2001, p. 13: «Pensare alla sovranità come responsabilità, in un modo che è stato sempre più riconosciuto nella pratica statuale, ha un triplice significato. Primo, esso implica che le autorità statuali sono responsabili delle funzioni di proteggere la salute e la vita dei cittadini e di promuovere il loro benessere. Secondo, indica che le autorità politiche nazionali sono responsabili nei confronti dei cittadini all'interno e della comunità internazionale attraverso le Nazioni Unite, all'esterno. E terzo, significa che gli agenti dello Stato sono responsabili delle loro azioni; vale a dire, essi devono rendere conto dei loro atti commissivi e omissivi».

25 Cfr. G. Robertson, *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice*, New York, New Press, 2006.

26 Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 179. Ma sul punto si veda anche, in riferimento alla generica dimensione dell'intervento umanitario, S. Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University Press, 2006; trad. it. parz. *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 17.

27 G. Evans, *The Responsibility to protect. Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Washington, D.C., Brooking Institution Press, 2008.

re con vivacità – e qualche asprezza – il concreto significato giuridico e politico. Ad assumere una posizione critica nei suoi confronti sono stati in primo luogo i più convinti sostenitori dell'«humanitarian turn» delle relazioni internazionali, «studiosi e attivisti dei diritti umani» che considerano la “*R2P norm*” approvata nel 2005 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite come una disposizione debole, vaga e non vincolante dal punto di vista giuridico²⁸: in sintesi come un compromesso al ribasso, decisamente incapace di modificare il tradizionale atteggiamento degli Stati e della comunità internazionale nei confronti dei «mass atrocity crimes» compiuti all'interno dei confini statuali dagli stessi detentori del potere politico o da essi tollerati²⁹. Nel discorso pubblico degli ultimi anni, non sono mancate tuttavia anche prese di posizione critiche volte, al contrario, a stigmatizzare l'eccessiva ampiezza di un impianto normativo che consentirebbe agli Stati più forti di interferire nelle faccende di quelli più deboli³⁰, inaugurando una nuova e più insidiosa gerarchia di potere fondata in ultima analisi proprio sul monopolio della decisione sul legittimo utilizzo della forza come strumento di politica internazionale³¹.

28 Cooper, Voïnov Kohler, *Introduction*, cit., p. 4: «Secondo questo punto di vista favorevole, questa norma non solo va a mala pena al di là del vigente diritto dei trattati, ma è anche non vincolante dal punto di vista giuridico. Inoltre, la norma è così vaga ed equivoca che l'accordo formale raggiunto dall'Assemblea Generale non potrebbe essere visto come qualcosa in grado di superare le differenze di opinione su come i singoli Stati e la comunità internazionale nel suo complesso debba affrontare le atrocità di massa (atrocity crimes)».

29 D. Chandler, *Unravelling the Paradox of “The Responsibility to Protect”*, «Irish Studies in International Affairs», vol. 20, 2009, pp. 27–39.

30 *Ibidem*. Secondo Cooper e Voïnov Kohler, in sede di politica internazionale, questo punto di vista è stato generalmente sostenuto «da Stati che in passato hanno subito interventi stranieri (ad esempio ex colonie) o da quelli che potrebbero essere oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale a causa dell'attuale situazione umanitaria o di rispetto dei diritti umani all'interno dei loro confini». Per una più neutra ricognizione degli schieramenti delineatisi in sede ONU a partire dalla delibera del 2005 si veda Serrano, *The Responsibility to protect and its Critics* cit., pp. 8 ss.

31 Si tratta della questione già sollevata, a proposito dell'«humanitarian turn» degli anni Novanta, da H. Köchler in *The Concept of Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics. Is the Revival of the Doctrine of “Just War” Compatible with the International Rule of Law?*, Vienna, IPO, 2001, p. 32, 38: «A causa della nuova dottrina della Guerra giusta, sono state create due classi (categorie) di stati: quella degli Stati imperiali (o superiori) e quella degli Stati “inferiori”. La prima si arroga uno status di superiorità morale – e supremazia ideologica – incluso il diritto di definire presuntivamente dei criteri morali per l'uso della forza.

A riproporsi in tale contesto di dibattito sono, evidentemente, le linee portanti di quella critica dell'*imperialismo umanitario*³² elaborata soprattutto negli ambienti della sinistra radicale in risposta alla tumultuosa contingenza internazionale innescata dalla fine dell'«epoca bipolare»³³: in particolare, l'*obiezione strutturale* a suo tempo avanzata da chi, come Danilo Zolo, lamenta l'assoluta incompatibilità dell'«humanitarian turn» della politica globale con gli attuali assetti giuridico-istituzionali della società internazionale³⁴. Secondo questa lettura, la prospettiva umanitaria fatta propria dai sostenitori della *responsibility to protect*, se presa minimamente sul serio, esigerebbe infatti che l'ordinamento internazionale vigente, oggi ancora imperniato sul particolarismo delle relazioni intergovernative, lasciasse il campo ad un vero e proprio «*global humanitarian regime*» in grado di garantire l'effettivo godimento di una soggettività di diritto internazionale a tutti gli esseri umani e non più soltanto agli Stati³⁵. Inserita in un ordine di relazioni internazionali ancora saldamente centrato sul particolarismo statale, essa resta invece assoggettata – anche a livello ONU³⁶ – alle estrinseche dinamiche decisionali dei singoli Stati, finendo così per coesistere con forme più o meno crude di «politica degli interessi»³⁷. In tale contesto, l'invocazione della *responsabilità di proteggere* rischia perciò di trasformarsi, nel migliore dei casi, in un «vuoto gesto retorico compiuto cinicamente dai leader degli Stati occidentali per

32 J. Bricmont, *Humanitarian Imperialism. Using Human Rights to Sell War*, New York, Monthly Review Press, 2006.

33 Colombo, *La disunità del mondo* cit., p. 9.

34 Sul punto mi permetto di rinviare a L. Scuccimarra, *L'eccezione umanitaria. Sovranità territoriale e diritto di intervento nel dibattito sul "new global order"*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, EUM, 2011, pp. 141-168, in part. 153 ss.

35 D. Zolo, *La giustizia dei vincitori*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 61. Forzando la mano, Zolo presenta questo ipotetico «global regime» come una vera e propria organizzazione politica unitaria e centralizzata, «una sorta di *civitas maxima* politicamente unificata». In verità questa è solo una delle prospettive emerse nella riflessione dei *cosmopolitans* contemporanei, che in larga parte si sono schierati invece a favore di modelli decisamente più flessibili e decentrati di «new global order».

36 *Statement by Professor Noam Chomsky to the United Nations General Assembly Thematic Dialogue on the Responsibility to Protect*, United Nations, New York, 23 July 2009.

37 Köchler, *The Concept of Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics* cit., p. 53 ss.

placare la pressione popolare per azioni in situazioni di crisi umanitaria»³⁸. Nel peggiore, in una «cortina fumogena»³⁹ destinata a coprire le consuete modalità di comportamento degli Stati più potenti, giacché – come è stato scritto – «qualsivoglia azione militare può essere potenzialmente giustificata come necessaria per “proteggere” popolazioni a rischio»⁴⁰. Ma c'è di più: nella sua riproposizione di una relazione non mediata tra esercizio della forza e principi morali, la dottrina della *responsibility to protect* è stata ritenuta, infatti, da alcuni dei suoi critici particolarmente funzionale alle strategie del nuovo «*global hegemon*»⁴¹ emerso dal tramonto dell'ordine bipolare del mondo⁴². Essa rappresenterebbe, cioè, parte integrante e sostanziale di quello «spettacolare» processo di «sottrazione di quote di sovranità ai potenziali nemici» portato avanti, anche sotto l'impulso dello shock dell'11 settembre, dalla superpotenza americana e dai suoi alleati, attraverso la costruzione di un'asimmetrica intelaiatura di principi di politica internazionale⁴³. Da questo punto di vista, ci troveremmo di fronte, dunque, ad un ulteriore passo verso la costituzione di un «monopolio cosmopolitico della morale, del diritto e della violenza»⁴⁴, in riferimento al quale qualcuno ha ritenuto, non a caso, immediatamente spendibile la tradizionale semantica dell'«impero»⁴⁵.

In tale segmento di dibattito non sono mancate, peraltro, letture apertamente dominate dallo «spettro di un ritorno ad abitudini e pratiche coloniali da parte delle maggiori potenze occidentali»⁴⁶. Per Anne Orford, ad esem-

38 A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 22.

39 Di uno «smokescreen for bullies» ha parlato T. G. Weiss nel saggio *The Sunset of Humanitarian Intervention? The Responsibility to Protect in a Unipolar Era*, «Security Dialogue», vol. 35/2, 2004, pp. 135-153, in part. p. 142.

40 Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 22.

41 Köchler, *The Concept of Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics* cit., p. 29. Ma sul punto si veda anche J. Brunnée, S. J. Toope, *Slouching Towards New 'Just' Wars: The Hegemon after September 11th*, «International Relations», 2004, n. 18(4), pp. 405-423.

42 Cfr. D. Zolo, *Il pacifismo fallimentare delle Nazioni Unite*, in Idem, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 154.

43 Colombo, *La disunità del mondo* cit., p. 26.

44 Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., pp. 187 s.

45 Cfr. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., pp. 3 ss. Ma per una generale messa a punto sul tema si veda J. L. Cohen, *Whose Sovereignty? Empire Versus International Law*, «Ethics & International Affairs», n. 18/3, 2004, pp. 1 ss.

46 M. Ayoob, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, «The International Journal of Human Rights», n. 6/1, 2002, pp. 81-102, in part. p. 85.

pio, l'ostentata adesione di molti Stati alla concezione della *responsibility to protect* potrebbe avere come reale finalità quella di «rafforzare la “proprietà morale” delle guerre civili, delle carestie e delle altre crisi nel mondo decolonizzato da parte di quello occidentale, senza offrire alcun meccanismo per imporre alle organizzazioni di assumersi la responsabilità di proteggere le popolazioni»⁴⁷. Tale approccio riflette chiaramente i dubbi e le perplessità che, anche in sede ONU, hanno spinto molti Stati dell'ex «Terzo Mondo» quelli, cioè, i cui confini sono stati spesso violati proprio dai «Paesi che ora sostengono la protezione dei diritti umani e l'irrilevanza dei confini»⁴⁸ – ad opporsi alla adozione di un impianto normativo che, almeno nel modo in cui è stato formulato, non sembra «operare in modo sufficientemente imparziale per la protezione dei diritti umani»⁴⁹. Alla sua base si pongono, però, anche le innovative e radicali linee di analisi prodotte dal cosiddetto «post-colonial turn» degli studi internazionali⁵⁰, come dimostrano ad esempio le posizioni molto nette in tema di *sovranità-responsabilità* assunte dal «subaltern realist» Mohammad Ayoob⁵¹. Pur riconoscendo la «considerevole forza morale» caratteristica di questo modello, Ayoob non può infatti fare a meno di vedere in esso la «resurrezione» dei fondamentali assunti un tempo caratteristici della celebre dottrina dello «standard di civiltà»: la convinzione, cioè, che solo i Paesi caratterizzati dal rispetto di determinati principi di comportamento ab-

47 Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 22.

48 Weiss, *The Sunset of Humanitarian Intervention* cit., p. 142. Per una decostruzione della nozione di «Terzo mondo» con specifico riferimento al contesto in discussione si veda però M. Ayoob, *Third World Perspectives on Humanitarian Intervention and International Administration*, «Global Governance», n. 10, 2004, pp. 99-118.

49 C. Focarelli, *The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for a Working Doctrine*, «Journal of Conflict & Security Law», vol. 13/2, pp. 191–213, in part. pp. 202 s. Come ricorda Focarelli, «la convinzione che la dottrina della responsabilità di proteggere sia priva di qualsiasi base giuridica e favorisca gli Stati più potenti contro quelli più deboli fu sostenuta da Pakistan, Algeria, Egitto, Colombia, Vietnam, Venezuela, Iran, Cuba, Siria e Tanzania. Anche il Venezuela si oppose all'intervento in Stati deboli o in crisi (*failed*) come una violazione del principio di auto-determinazione dei popoli».

50 G. Chwdry e S. Nair (ed. by), *Power, Postcolonialism and International Relations*, London-New York, Routledge, 2002. Ma sul tema, in una prospettiva specificamente giu-sinternazionalistica, si veda anche G. Gozzi, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 289 ss.

51 M. Ayoob, *Inequality and Theorizing in International Relations: The Case for Subaltern Realism*, «International Studies Review», vol. 4/3, 2002, pp. 27-48.

biano il diritto di ottenere lo *status* di sovrano e interagire reciprocamente su un piano di parità, mentre gli altri, «essendo barbari, se non selvaggi», sono destinati a rimanere soggetti alle «potenze sovrane» occidentali o sotto la loro tutela⁵². Come la «classica» dottrina dello «standard di civiltà»⁵³, anche la concezione della «sovranità come responsabilità» possiede, infatti, la «capacità di dividere il mondo in zone di Stati civili e incivili, legittimando azioni predatorie dei primi nei confronti dei secondi». Non è un caso, dunque, che – sulla scia delle riflessioni di Benedict Kingsbury – egli associ apertamente questa nuova modalità di articolazione del rapporto tra sovranità e diritti umani all’emergere di una concezione “dicotomica” dell’ordine giuridico internazionale fondata sull’individuazione di «una zona liberale di diritto costituita da Stati liberali che praticano un alto livello di civilizzazione giuridica, alla quale gli altri Stati saranno ammessi solo quando risponderanno agli standards richiesti»⁵⁴. Tale approccio – ricorda, infatti, Ayoob – prevede

un trattamento differenziato quando si oltrepassano i confini della zona liberale, attribuendo privilegi basati sull’appartenenza alla zona liberale e ponendo alte barriere al suo ingresso. [...] Il risultato sembra essere il mantenimento di un sistema classificatorio che è esso stesso una spiegazione e una giustificazione del fatto che coloro che sono ai margini vi rimangono per generazioni⁵⁵.

52 Ayoob, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, cit., pp. 84 ss. Ma per una generale ricognizione del tema si veda G. W. Gong, *The Standard of ‘Civilization’ in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

53 J. Donnelly, *Human Rights: a New Standard of civilization?*, «International Affairs», n. 74/1, 1998, pp.1-24, in part. pp. 3 ss.

54 B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, in A. Hurrell e N. Woods (ed. by), *Inequality, Globalization and World Politics*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 90 ss. Il riferimento ultimo di questa critica è la linea di dibattito inaugurata da M. Singer e A. Wildavsky con il saggio *The Real World Order: Zones of Peace/Zones of Turmoil*, Chatham, NJ, 1993, su cui si veda, in sintesi, J. H. Mittelman, *Hyperconflict: globalization and insecurity*, Stanford, Stanford University Press, 2010, pp. 30 ss.

55 Ayoob, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, cit., p. 85. La citazione nel testo è tratta da Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, cit., p. 91. Anche Kingsbury considera la divisione del mondo in zone liberali e non liberali come la sostanziale prosecuzione di «strutture ricorrenti nella storia del pensiero giuridico occidentale, rintracciabili, ad esempio, nella distinzione europea cinquecentesca tra cristiani e infedeli o nella divisione del mondo tardo-ottocentesca di James Lorimer in una gerarchia di nazioni civilizzate, umanità barbarica e umanità selvaggia. Come in passato, questa identificazione di zone può essere difesa semplicemente come una descrizione di realtà esistenti o emergenti, ma i suoi molti sostenitori normativi vedono l’Occidente liberale come l’avanguardia di un

Ciò significa erodere la legittimità di una società internazionale che per la prima volta è divenuta davvero globale nelle sue caratteristiche.

3. Non può sorprendere, dunque, che il confronto alimentato dal formale riconoscimento in sede ONU della dottrina della *responsibility to protect* abbia portato nuova linfa all'intenso dibattito teorico sui fondamenti normativi del «new world order» sviluppatosi nel corso degli ultimi due decenni in parallelo con l'«ethical turn» delle relazioni internazionali. In altra sede ho già avuto modo di richiamare il ruolo di assoluta centralità assunto in tale contesto dalle tesi di Carl Schmitt, il più celebre e discusso esponente del realismo politico novecentesco, protagonista negli ultimi anni di un improvviso e per molti versi inaspettato «ritorno» anche nel campo degli studi internazionalistici⁵⁶. È proprio nel pensiero schmittiano che esponenti di primo piano della nuova *critical theory* come William Rasch, Louiza Odysseos o Chantal Mouffe trovano, infatti, enunciato nel modo più penetrante e radicale il dubbio *realpolitisch* contro ogni tentativo di tagliare «orizzontalmente la sovranità degli Stati» in nome degli imperativi universalistici di una presunta morale umanitaria⁵⁷. Ed è sempre dalla riflessione di Schmitt che, con tutte le forzature del caso, questi autori ritengono di poter derivare le linee fondanti di una radicale critica del complessivo «programma dei diritti umani»⁵⁸ come progetto ideologico-politico strutturalmente coincidente con il suo stesso «abuso

ordine giuridico globale in cui molte delle limitazioni del sistema giuridico fondato sulla sovranità potranno alla fine essere trascese».

56 D. Chandler, *The Revival of Carl Schmitt in International Relations: The Last Refuge of Critical Theorists?*, «Millennium: Journal of International Studies», n. 1, 2008, pp. 27-48. Cfr. Scuccimarra, *L'eccezione umanitaria* cit., pp. 156 ss.

57 L. Odysseos, *Crossing the line? Carl Schmitt on the 'spaceless universalism' of cosmopolitanism and the War on Terror*, in L. Odysseos, F. Petito (ed. by), *The International Political Thought of Carl Schmitt. Terror, liberal war and the crisis of global order*, Oxon, Routledge, 2007, pp. 124 ss., in part. pp. 131 ss.; C. Mouffe, *Carl Schmitt's Warning on the Dangers of a Unipolar World*, ivi, pp. 147 ss. La formula utilizzata nel testo è tratta da J. Habermas, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahre*, in Idem, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996; trad. it. *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in Idem, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 200 ss.

58 Cfr. J. Habermas, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in Idem, *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011; trad. it. *Il concetto di dignità umana e l'utopia realistica dei diritti dell'uomo*, in J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 28 s.

imperialistico»: secondo tale interpretazione, alla base di questa variante del «discourse of humanity» ci sarebbe, infatti, la tendenza del «neo-cosmopolitismo» contemporaneo a de-storicizzare la costellazione di valori e le forme di organizzazione proprie delle società liberali, trasformandole in uno «standard universale» sulla cui base giudicare le altre società. Coloro che sono giudicati carenti rispetto a questi parametri vengono «banditi come fuori-legge dal mondo civilizzato» e uno dei segni distintivi di questo *status* tende, «ironicamente», ad essere individuato proprio nella «loro insistenza sull'autonomia, sulla sovranità»⁵⁹. Ma i problemi non finiscono qui, se è vero che un secondo «effetto disciplinante» di questo «discorso dell'umanità» può essere individuato nella tendenza a normalizzare popoli diversi da quelli occidentali attraverso un processo progressivo e irreversibile di «individualizzazione» giuridica⁶⁰. Come puntualizza L. Odysseos, la «suprema enfasi posta su attribuzioni e strumenti giuridici come i diritti umani» tende, infatti, a ricondurre le differenti forme di soggettività prodotte dalle culture non occidentali all'onnicomprendiva dimensione della «titolarità di diritti», privando in tal modo l'«altro» della sua stessa «alterità» e rendendolo conforme ad una concezione dell'umano intesa in senso non descrittivo, ma valutativo. Secondo questa prospettiva, per essere «davvero umani» occorre ancora una volta rispondere all'«ideale universale di cosa significhi essere umani»⁶¹: «il regime internazionale dei diritti umani, che il cosmopolitismo esalta come una pura espressione della centralità dell'individuo, può perciò essere visto come l'esportazione della soggettività moderna in tutto il globo»⁶².

59 W. Rasch, *Human Rights as Geopolitics. Carl Schmitt and the Legal Form of American Supremacy*, «Cultural Critique», n. 54, 2003, pp. 120-147, in part. pp. 141 ss. Il principale riferimento polemico del discorso di Rasch è costituito dalle posizioni assunte da J. Rawls nel discusso saggio *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; trad. it. *Il diritto dei popoli*, Torino, Comunità, 2001. Nella prospettiva di Rawls, i diritti umani costituiscono, infatti, «una classe di diritti destinati a svolgere un ruolo speciale all'interno di un ragionevole diritto dei popoli: essi limitano le ragioni che giustificano la guerra e la sua conduzione e specificano i limiti dell'autonomia interna di un regime. È questo il modo in cui riflettono i due mutamenti di base, storicamente profondi, nella concezione dei poteri di sovranità intervenuti dopo la seconda guerra mondiale. Primo, la guerra non è più ammissibile come mezzo al servizio della politica del governo ed è giustificata solo per autodifesa o in casi seri di intervento a protezione dei diritti umani. E, secondo, l'autonomia interna di un governo è d'ora in poi soggetta a limitazioni» (ivi, pp. 104 ss.).

60 Odysseos, *Crossing the line?* cit., p. 132.

61 Rasch, *Human Rights as Geopolitics* cit., p. 140.

62 Odysseos, *Crossing the line?* cit., pp. 132 s.

Riletta alla luce di questa peculiare – e per molti versi paradossale – linea di riflessione “post-schmittiana”, anche la dottrina della *responsibility to protect* ha potuto proporsi, così, come un ulteriore passo verso la costituzione di un «new humanitarian order»⁶³ fondato proprio sulla sistematica «depoliticizzazione» del conflitto e sulla definitiva cancellazione della differenza storico-culturale dal contesto delle relazioni internazionali⁶⁴. Nonostante gli sforzi di revisione teorica compiuti negli ultimi anni dai sostenitori del «paradigma umanitario»⁶⁵, per i «seguaci contemporanei» di Schmitt «qualsiasi versione del diritto internazionale che articoli principi universalistici» – così come «qualsiasi concepibile forma di cosmopolitismo» – resta, infatti, l’espressione di un «formalismo vuoto», di un «irresponsabile utopismo» e/o di «un insieme di banalità moralistiche invocate per coprire le istanze di potere di una superpotenza o di poche grandi potenze nei confronti di quelle più deboli»⁶⁶. Avvalendosi di una versione assolutizzata e decontestualizzata della critica schmittiana all’«universalismo privo di dimensione spaziale» del diritto internazionale novecentesco⁶⁷, alcuni di questi autori hanno finito così

63 M. Mamdani, *Saviors and Survivors: Darfur, Politics, and the War on Terror*, New York. Pantheon, 2009, p. 274.

64 A. Y. Vázquez-Arroyo, *The Terrorist, The Humanitarian... and the Citizen*, paper disponibile al link <<http://www.polisci.umn.edu>>, p. 25.

65 D. Chandler, *The Responsibility to Protect? Imposing the “Liberal Peace”*, «International Peacekeeping», vol. 11/1, 2004, pp. 59-81.

66 Cohen, *Whose Sovereignty?* cit., p. 4: «Ciò vale in particolare per il diritto internazionale che pretenda di criminalizzare l’aggressione, proteggere i diritti umani e sanzionare le violazioni attraverso la forza militare o altri mezzi. Per gli schmittiani, “chi dice umanità vuole imbrogliare”. Secondo questa impostazione, i tribunali internazionali che applichino il diritto internazionale o cosmopolitico e i pretesi “interventi umanitari” legittimati dal discorso dei diritti umani non sfuggono mai all’accusa di essere una giustizia politica». Per una lettura della dottrina della «responsibility to protect» come un equo bilanciamento tra sovranità e diritti umani, in quanto tale al riparo dagli strali di una teoria critica di impianto schmittiano, si veda invece C. G. Badescu, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. Security and human rights*, London/New York, Routledge, 2011, p. 47.

67 C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974; trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus publicum europeum»*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 236 ss. Esempio sotto questo riguardo appare la posizione sviluppata da Odysseos nel saggio *Crossing the line?* cit., in part. p. 128: «Nel momento in cui scriveva il *Nomos*, Schmitt era convinto che la politica internazionale fosse ancora imprigionata in un “universalismo privo di dimensione spazia-

per leggere la «svolta» teorica e pratica incarnata dalla istituzionalizzazione della «responsibility to protect» e dalla rivitalizzazione delle dinamiche della giustizia penale internazionale come una delle manifestazioni più esplicite e radicali della definitiva *crisi di fondamenti* sperimentata oggi dall'«ordinamento internazionale dello spazio» caratteristico della politica moderna⁶⁸. Da questo punto di vista, se è vero, infatti, che la situazione politica internazionale scaturita dalla fine dell'«epoca bipolare» spinge ad «immaginare una inclusione totale e senza eccezioni dei popoli (Rawls) o degli individui sovrani (Habermas), con nessuna possibile esclusione», sotto una «*rule of law* liberale» ipostatizzata nella forma di «diritti umani universali», è vero anche che, considerato alla luce della celebre critica di Schmitt all'universalismo liberale, questo passaggio, lungi dal rappresentare un effettivo superamento della peculiare «dialettica di inclusione ed esclusione» su cui poggiava il tradizionale sistema-Westfalia, ne costituisce una rimodulazione ed intensificazione, in grado, almeno in linea di principio, di «condurre a forme di “alterizzazione” ed esclusione persino più orrende» di quelle del passato⁶⁹. Come ricorda William Rasch,

Schmitt sosteneva che, ci piaccia o no, la norma poggia su un'eccezione, l'inclusione su un'esclusione. Egli chiederebbe dunque: si può pensare ad un intero globo come ad un'unità differenziata senza un fuori? Il fine della sua tanto stigmatizzata distinzione amico/nemico non era né glorificare la guerra, né giustificare lo sterminio dell'eterogeneo, ma mostrare che una “inclusione dell'altro” totale o globale, per usare l'inquietante frase di Habermas, potrebbe solo avvenire se l'alterità dell'altro, quella che lo fa essere ciò che è, fosse esclusa dalla comunità mondiale. Non si può fare a meno di tracciare la distinzione amico/nemico, dunque, quando si riconosce nella stretta di mano del preteso amico la surrettizia continuazione della guerra con altri mezzi. Perciò, la questione che dobbiamo porci è: su quale esclusione si basa l'apparente estensione universale dei diritti umani?⁷⁰

le”, un termine che è ancora utile oggi per cogliere l'attuale situazione globale, a dispetto delle pretese che la fine della Guerra Fredda abbia significato per gli Stati Uniti una vittoria che conduce ad un Impero Americano». Per una critica dei limiti storici e teorici di questo approccio si veda però Chandler, *The Revival of Carl Schmitt in International Relations* cit., pp. 27 ss.

68 Ivi, pp. 31 ss. Sul punto si veda Odysseos, *Crossing the line?* cit., pp. 129 ss.

69 Ivi, cit., pp. 125 ss.

70 Rasch, *Human Rights as Geopolitics* cit., p. 30 s.: «la tesi di Schmitt era che il più grande successo dell'America consisteva nell'aver reso questa nuova esclusione invisibile. Se questo è il caso, allora il nostro compito è quello di riportare alla luce quella esclusione».

La risposta offerta a tale domanda dai più consequenziali esponenti di questa linea di riflessione critica è assolutamente esplicita nella sua radicalità: nel nuovo mondo dell'«epoca globale», alla tradizionale distinzione spaziale *interno/esterno*, costitutiva del «vecchio equilibrio di potere infra-europeo», viene sostituendosi la coppia oppositiva asimmetrica *accettabile/inaccettabile*, che trova il suo fondamento in astratte determinazioni giuridico-morali irriducibili ad un «concreto» ordinamento dello spazio. Secondo questa interpretazione, la dimensione autenticamente caratterizzante del «potere» in un mondo nel quale tutte le relazioni sono divenute «interne» o minacciano di diventarlo è, infatti, proprio il diritto di fissare e presidiare il discrimine tutto «concettuale»⁷¹ sul quale oggi si incardina la dialettica tra umano e inumano, inclusione ed esclusione; di più, la sua specifica istanza operativa è attualmente quella di «eliminare una volta per tutte l'inaccettabile» e fare di ciascun individuo un «credente» della nuova religione laica dei diritti umani, senza più alcuna differenziazione o eccezione. La diagnosi che ne deriva non potrebbe, perciò, essere più netta: formulato come una promessa, l'imperativo universalistico «l'altro deve essere incluso» può suonare per molti abitanti degli Stati non occidentali «solo come una sinistra minaccia»⁷².

4. Il pensiero di Schmitt non è peraltro il solo punto di riferimento intellettuale che nel corso degli ultimi anni sia intervenuto a dare forza e spessore teorico alle argomentazioni dei più convinti avversari del principio della «sovrannità-responsabilità». Per farsi un'idea delle diversificate linee di approfondimento critico operanti in questo campo è sufficiente prendere in considerazione gli interessanti contributi al dibattito offerti dagli autori più attivamente impegnati nella decostruzione del paradigma della *human security*, il «sister concept» della *responsibility to protect* impostosi a partire dagli anni Novanta del Novecento come fondamentale strumento di rifondazione in chiave universalistica ed umanitaria del tradizionale imperativo statutale – ed internazionale – della «sicurezza»⁷³. Riconsiderata sulla base dei diversificati

71 Odysseos, *Crossing the line?* cit., p. 125.

72 Ivi, p. 139.

73 Per una sintetica ricostruzione delle origini e delle principali fasi di questo processo si veda M. McIntosh, A. Hunter, *Perspectives on human security. The emergent construct*, in M. McIntosh, A. Hunter (ed. by), *New perspectives on human security*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2010, pp. 2 ss. «Human security» e «responsibility to protect» sono definite «concezioni sorelle» da V. Popovski nel saggio *Responsibility to protect*, ivi, p. 204. Secondo questo autore a distinguerle è solo la diversa estensione del loro ambito

approcci analitico-critici sperimentati in quest'ambito di indagine, anche la dottrina della *responsibility to protect* ha visto, infatti, definitivamente sfumare la sua generale aura emancipatoria, per rivelarsi parte integrante di un progetto di governance «neoliberale» dei conflitti, al tempo stesso «articolato normativamente e orientato in senso gestionale»⁷⁴. Al centro del dibattito si è posto, così, il ben più inquietante «volto di Giano» di un modello che se da un lato sembra poter contribuire all'«umanitarizzazione» della politica internazionale attraverso campi discorsivi orientati a «reti politiche globali di governi e attori della società civile», dall'altro funziona come un dispositivo unilaterale e gerarchizzato di «gatekeeping», destinato a produrre «selezione ed esclusione violenta» proprio a causa di un approccio tecnicistico e omologante alle complesse dinamiche della crisi umanitaria. Un'impostazione, questa, che, non a caso, qualcuno ha ritenuto di poter accostare apertamente al celebre *modello McDonald* utilizzato dal sociologo George Ritzer nei suoi studi sulla globalizzazione:

Così come le catene globali di *fast food* trovano le loro premesse su principi verosimilmente razionali e moderni come predittività, controllo e velocità che da ultimo hanno reso i loro servizi così universalmente popolari, allo stesso modo la popolarità e il dominio della R2P nel discorso globale *mainstream* sulla sicurezza umana è ampiamente derivata dalla sua funzione come “sistema di triage” globale che appare superiore in termini di gestione razionale del conflitto. Ma è precisamente questa “ultra-razionalità” che rende la McDonaldizzazione e la R2P simili in un altro, sconcertante, modo, e cioè nei termini della loro capacità di sopprimere iniziative alternative e persino di escludere i gruppi vittimizzati dall'attenzione internazionale attraverso un linguaggio tecnico apertamente razionalizzato⁷⁵.

di applicazione: «Qualunque cosa minacci la vita umana, il benessere umano o persino il comfort umano potrebbe essere ricondotto alla sicurezza umana, ma solo situazioni definite in modo molto circoscritto, come il genocidio, i cirmini di guerra o quelli contro l'umanità, riguardano la responsabilità di proteggere. La sicurezza umana si indirizza alla salvezza di tutte le persone in ogni momento da ogni possibile minaccia, con nessuna distinzione di causa, natura o gravità. La responsabilità di proteggere si riferisce solo ai più seri crimini internazionali».

⁷⁴ N. Hynes, D. Chandler, *Introduction. Emancipation and power in human security*, in D. Chandler e N. Hynes (ed. by), *Critical Perspectives on Human Security. Rethinking Emancipation and Power in International Relations*, Oxon, Routledge, 2011, pp. 1 ss.; V. Jabri, *War, government, politics: a critical response to the hegemony of the liberal peace*, in O. P. Richmond (ed. by), *Peacebuilding. Critical Developments and Approaches*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2010, p. 48.

⁷⁵ T. Piiparinen, *McDonaldisation of Sovereignty: A Foucauldian Analysis of Respon-*

A ben vedere, è anche per questa strada che il confronto teorico sulla *responsibility to protect* ha finito per intrecciarsi con quella linea di riflessione sulla *global governmentality* che a partire dagli studi di Michael Dillon e Barry Hindess si è imposta con crescente evidenza come un asse privilegiato della discussione sul nuovo ordine politico della «società globale»⁷⁶. Alla base di questo importante segmento del dibattito c'è, ovviamente, l'interesse suscitato anche nell'ambito degli studi internazionalistici dalla nozione di «gouvernementalité» messa a punto da Michel Foucault nella sua riflessione della fine degli anni Settanta e oggi considerata da molti interpreti come una categoria in grado di offrire nuove prospettive di analisi sulle attuali modalità di governo degli «spazi internazionali», soprattutto se combinata con concetti e teorie provenienti da altre «traiettorie intellettuali»⁷⁷. Due sono, in particolare, le indicazioni metodologiche che i teorici contemporanei della governamentalità hanno tratto dal lavoro di Foucault: da un lato l'attenzione per le concrete modalità con le quali il «pensiero» opera all'interno delle nostre *pratiche di governo*, per le differenti «razionalità», o addirittura «mentalità»⁷⁸, che sono alla base della dimensione del «governare» nei suoi diversificati contesti di articolazione empirica; dall'altro, la consapevolezza della grande trasformazione nel modo di «pensare ed esercitare il potere» verificatasi nelle società europee moderne in coincidenza con l'emergere di un particolare «regime di governo», fatto di «istituzioni» e «procedure», ma anche di «analisi, riflessioni, calcoli, tattiche», che trova «nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere e nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale»⁷⁹. Si tratta di uno degli sviluppi più

sibility to Protect, «Global Society», vol. 26/4, 2012, pp. 473 ss. Il riferimento è, ovviamente, a G. Ritzer, *The McDonaldization of Society*, Newbury Park, Pine Forge Press, 1993; trad. it. *Il mondo alla McDonald's*, Bologna, il Mulino, 1997. Per una più generale applicazione del modello del «trage» all'ambito dell'interventismo umanitario si veda P. Redfield, *Sacrifice, Triage and Global Humanitarianism*, in M. Barnett, T. G. Weiss (ed. by), *Humanitarianism in Question: Politics, Power*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2008, pp. 196 ss.

76 Cfr. W. Larner, W. Walters, *Introduction*, in W. Larner, W. Walters (ed. by), *Global governmentality. Governing international spaces*, London-New York, Routledge, 2004, pp. 5 ss. Ma sulle origini di questa direttrice di analisi si veda anche M. Dean, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, London, Sage 1999, 2010, pp. 228 ss.

77 Larner, Walters (ed. by), *Global governmentality* cit., p. 1.

78 P. Miller, N. Rose, *Governing the Present. Administering Economic, Social and Personal Life*, Cambridge/Malden, Polity Press, 2008, p. 20.

79 M. Foucault, *La gouvernementalité* (1978), in Idem, *Dits et Écrits*, Paris, Galli-

influenti della riflessione foucaultiana, strettamente intrecciato con l'analisi di quella *svolta biopolitica* dei moderni sistemi di potere che nel corso degli ultimi anni si è imposta, nel bene e nel male, come la più profonda e pervasiva eredità della sua teorizzazione politica e sociale. Secondo la lettura foucaultiana, la biopolitica come amministrazione della vita rappresenta, infatti, la specifica risposta offerta dalle moderne società occidentali all'esigenza di «razionalizzare i problemi posti alla pratica governamentale dai fenomeni specifici di un insieme di esseri viventi, costituiti in popolazione: salute, igiene, natalità, longevità, razza»⁸⁰. Indagare la moderna «governamentalità» come peculiare regime di governo significa, dunque, essenzialmente confrontarsi con una griglia di intellegibilità degli eventi e un orizzonte di azione politica che chiama in causa «le condizioni sociali, culturali, ambientali, economiche e geografiche nelle quali gli uomini vivono, procreano, si ammalano, rimangono in salute o guariscono, e muoiono»⁸¹.

Come è noto, nei suoi corsi al *Collège de France* Foucault ebbe l'occasione di sperimentare la fecondità di questa impostazione attraverso un ambizioso e impegnativo *esquisse* di «storia della governamentalità» che dalle teorie della ragion di Stato della prima Età moderna giunge sino alla «governamentalità neo-liberale» della seconda metà del XX secolo⁸². Secondo i sostenitori di un «neo-foucauldian approach» all'analisi della contemporaneità, ci troviamo

mard, 1994, vol. 3, testo n. 239. Si tratta della quarta lezione (1° febbraio 1978) del corso tenuto al *Collège de France* nel 1977-78, ora disponibile integralmente con il titolo *Securité, Territoire, Population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimad, 2004; trad. it. *Sicurezza, Territorio, Popolazione. Corso al Collège de France (1977-78)*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 91 ss.). Il testo fu pubblicato in inglese con il titolo *Governmentality* nel volume G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (ed. by), *The Foucault Effect: studies in governmentality*, Chicago, Univesity of Chicago Press, 1991, ed è uno dei più utilizzati anche nella recente letteratura sulla *global governmentality*.

80 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1789-89*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004; trad. it. *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 262: «È noto quale spazio crescente abbiano occupato questi problemi a partire dal XIX secolo e quali poste politiche ed economiche abbiano costituito sino ad oggi».

81 Dean, *Governmentality* cit., p. 119.

82 Ma sul punto si veda la testimonianza dello stesso Foucault nella già citata lezione al *Collège de France* del 1° febbraio 1978, in Foucault, *Sicurezza, Territorio, Popolazione* cit., p. 88: «In fondo, se avessi voluto dare un titolo più esatto al corso di quest'anno, non avrei dovuto scegliere "Sicurezza, territorio, popolazione". Ciò che vorrei fare, se fossi davvero intenzionato a farlo, sarebbe una storia della "governamentalità"[...]».

però in presenza di un impianto interpretativo che rivela una sorprendente capacità di problematizzazione storico-sociale anche nel mondo globalizzato del XXI secolo, nella misura in cui il peculiare «campo di governamentalità» nato in Europa con la cesura della modernità continua – nonostante le profonde trasformazioni verificatesi «nei suoi metodi e nella sua razionalità» – a rappresentare l'orizzonte ultimo di riferimento delle «nostre forme contemporanee di ragion politica»⁸³. Compito di una teoria critica davvero all'altezza delle sfide della nostra epoca può divenire allora proprio quello di ampliare la prospettiva di ricerca inaugurata dalla riflessione foucaultiana degli anni Settanta, spingendola al di là degli originari limiti di un'analisi della «governamentalità interna» delle moderne società-Stato nazionali e sperimentandone le peculiari potenzialità analitico-decostruttive come strumento di indagine di saperi e pratiche governamentali «che attraversano i confini politici o vanno al di là di essi»⁸⁴. Come ha scritto Michael Merlingen, estendere la rappresentazione foucaultiana del nesso governo/governamentalità al livello globale significa, infatti, godere di un buon punto di partenza per la elaborazione di «una potente sociologia critica che introduca l'analisi della soggettività nell'esplorazione dell'ordine mondiale»⁸⁵, giacché la teoria della governamentalità offre ai ricercatori

una cassetta degli attrezzi – contenente, in particolare, il concetto di razionalità politiche e una complessa nozione di potere – che consente loro di scavare, mappare (e [...] interrogare criticamente) le relazioni di potere quotidiane e inconsapevoli che «legano la soggettività (coscienza, identità, conoscenza di sé) dell'individuo all'assoggettamento di quello stesso individuo (il suo controllo da parte di un altro)»⁸⁶.

Intesa nella sua più profonda accezione, la *global governmentality* indagata dai sostenitori di un «approccio neo-foucaultiano» alle relazioni internazionali rappresenta, dunque, qualcosa di più di quel contesto di azione e di or-

83 W. Larner, W. Walters, *Global governmentality: governing international spaces*, in Larner, Walters (ed. by), *Global governmentality* cit., pp. 2 ss.

84 Ivi, p. 5. Ma si veda anche M. Dean, *Governamentalità. Power and Rule in Modern Society*, Second Edition, Los Angeles/London, Sage, 2010, in part. p. 228 ss.

85 M. Merlingen, *Monster Studies*, «International Political Sociology», vol. 3/2, 2008, pp. 272–274.

86 Idem, *Foucault and World Politics: Promises and Challenges of Extending Governmentality Theory to the European and Beyond*, «Millennium – Journal of International Studies», n. 35, 2006, p. 198. Il riferimento è a B. Cruikshank, *The Will to Empower: Democratic Citizens and Other Subjects*, Ithaca, Cornell University Press, 1999, p. 21.

ganizzazione transnazionale approssimato dalla ordinaria nozione di «*global governance*», qualcosa di più del «sistema degli Stati e degli organi ad esso associati» e persino della mera «somma della governamentalità nazionali»⁸⁷. Attraverso tale categoria si vuole, infatti, evocare un complesso di «discorsi e pratiche globalizzanti» nel quale le «dimensioni negative e positive del potere» si intersecano stabilmente⁸⁸, «un insieme di attori e istituzioni, di regole e di comando (*rule*)» attraverso la quale viene conservata la stessa «architettura globale degli Stati e del capitalismo»⁸⁹. Come emerge dal più recente dibattito sul tema, diverse possono essere peraltro le declinazioni assunte da questo tipo di indagine a seconda dello specifico punto di attacco prescelto per l'analisi: in una efficace sintesi del lavoro sino ad oggi svolto in questo ambito di ricerca, Vivienne Jabri ha ritenuto ad esempio di dover distinguere tra una specifica analisi "governamentale" delle modalità di funzionamento della «*global governance*» – una prospettiva centrata sull'indagine delle peculiari forme di governo individuale e collettivo prodotte dalle inedite dinamiche della globalizzazione «neoliberista», in particolare degli strumenti e i processi attraverso i quali «individui» e «popolazioni» sono costruiti «come attori nella messa in opera di libertà autoregolantesi»⁹⁰ – e un approccio più direttamente centrato sul ruolo assunto dall'imperativo della «sicurezza» e dall'uso della forza militare – nelle particolari forme assunte nel contesto del cosiddetto «*liberal way of war*» – nella costruzione del «*new global order*» della società contemporanea⁹¹. Si tratta però solo di un esempio. Seguendo

87 R. D. Lipschutz, *Global civil society and global governmentality: or, the search for politics and the state amidst the capillaries of social power*, in M. Barnett, R. Duvall (ed. by), *Power in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 229 ss., in part. pp. 235 ss.

88 Merlingen, *Monster Studies*, cit., p. 273; Idem, *Foucault and World Politics*, cit., p. 198.

89 Lipschutz, *Global civil society and global governmentality* cit., p. 236. Ma si veda anche Idem, *Global civil society and global governmentality. Resistance, reform or resignation?*, in G. Baker e D. Chandler (ed. by), *Global civil society. Contested Futures*, London, Routledge, 2005, pp. 145 ss., in part. p. 148, in cui la *global governmentality* è definita come «il prodotto di una complessa rete di istituzioni, organizzazioni e azioni associate con la globalizzazione contemporanea».

90 M. Dillon, *The security of governance*, in Larner, Walters (ed. by), *Global governmentality* cit., p. 76.

91 V. Jabri, *Cosmopolitan politics, security, political subjectivity*, «European Journal of International Relations», n. 18/4, 2012, p. 641, n.4.

le interessanti annotazioni sul tema di Merlingen, nella «Foucauldian interpretation of world politics» è possibile infatti anche distinguere tra una linea di indagine fondata sull'analisi empirica di «forme decentrate di *governance* che combinano tattiche disciplinari con strategie in grado di plasmare le aspirazioni dei governati e di incorporarle nei progetti dei governanti» e più ampie «letture biopolitiche» dell'ambito internazionale, che «mescolano felicemente Foucault con altri esponenti della teoria politica radicale»⁹². Secondo lo stesso autore, è proprio a questa seconda direttrice di approfondimento critico che dobbiamo alcune «grandiose speculazioni filosofiche sulle condizioni della vita umana contemporanea», in particolare sul «suo assoggettamento a calcoli strategici di utilità, dove il valore da promuovere è variabilmente descritto in termini di resilienza, operazionalità, ecc. della vita liberale»⁹³. La nuova frontiera di questo programma di ricerca coincide, però, con un potenziamento dell'indagine sulle origini e il funzionamento degli «apparati internazionali e transnazionali – missioni di pace, filantropia – attraverso i quali sono modellati i profili ideologici della cittadinanza neoliberale e gli abitanti dei luoghi non occidentali sono “interpellati” nel loro ordine simbolico», oltre che con l'approfondimento teorico-critico dei processi di «giuridificazione della politica mondiale» e del ruolo da essi giocato nel «consolidamento (*entrenchment*) della normalità neo-liberale»⁹⁴.

È appunto alla luce di questo impianto teorico-critico che anche la dottrina della *responsibility to protect* ha potuto recentemente proporsi come un esemplare caso di studio delle nuove e più pervasive relazioni di potere prodotte dalle «attuali reti biopolitiche delle governamentalità globali». Al centro dell'attenzione, qui, non è solo, schmittianamente, il nuovo «regime dell'eccezione» scaturito dalla istituzionalizzazione del «discorso sulla sicurezza umana» – e cioè l'introduzione di un ambito largamente indeterminato di «sospensione del diritto internazionale convenzionale», che finisce per ampliare la possibilità di interventi del tutto discrezionali da parte del *Security Council* o dei singoli Stati⁹⁵–, ma il peculiare spazio costruttivo e operativo

92 Merlingen, *Monster Studies*, cit., p. 273 .

93 Ibidem. Ma sul passaggio da «un discorso di intervento/protezione, nel quale l'Occidente interveniva a tutela delle vittime, al “più ampio” approccio [...] del lavoro per rendere i vulnerabili resilienti» si veda anche, in una diversa prospettiva critica, D. Chandler, *Resilience and human security: The post-interventionist paradigm*, «Security Dialogue», n. 43/3, pp. 213-229.

94 Merlingen, *Monster Studies*, cit., p. 273 .

95 M. De Larrinaga, M. G. Doucet, *Sovereign Power and the Biopolitics of Human*

prodotto dall'impianto concettuale di quello stesso discorso, nella misura in cui ciò che esso impone di valutare è la capacità o meno dello Stato «di garantire la salute e il benessere delle popolazioni affidategli»⁹⁶. In tale lettura, la formalizzazione del paradigma della *responsibility to protect* può proporsi, così, come un passaggio-chiave di quel processo di internazionalizzazione della «governamentalità biopolitica» che segna una nuova fase nel processo di trasformazione del contesto delle relazioni di potere contemporanee. Alla sua base si pone, infatti, un impianto discorsivo e tecnico-operativo che, «nel (ri)definire le minacce alla vita umana come propria più basilare operazione, [...] deve cominciare con il definire e porre in atto (*enacting*) l'umano in termini biopolitici»⁹⁷. Ma c'è di più, visto che attraverso «un parziale ma significativo ritorno allo Stato» – per mezzo del quale, qui, «la condizione di sicurezza o di insicurezza creata da attori statuali e non statuali è prevalentemente concepita» – tale approccio sembra proporre una relazione tra *potere sovrano* e *biopotere* decisamente più complessa e intricata di quella adombrata nei lavori di Michel Foucault e di altri celebri protagonisti della

Security, «Security Dialogues», vol. 39(5), pp. 517–537, in part. p. 531 s.. Secondo de Larrinaga e Doucet, «la questione che emerge a questo snodo è cosa autorizzi la sospensione del diritto in nome della sicurezza umana se il discorso sulla sicurezza umana deve ancora trovare la sua codificazione come diritto internazionale? In altre parole, che cosa consente alla sicurezza umana di *precedere* il diritto?». Nella loro riflessione sul punto, i due autori si allontanano però dall'originario impianto della teorizzazione foucaultiana per far propria la discussa linea di analisi proposta da G. Agamben a partire dal saggio *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, e in particolare la sua concezione dell'eccezione sovrana come «zona di indistinzione tra natura e diritto»: la sicurezza umana – scrivono – «può essere intesa qui come partecipante all'istituzione di una forma di potere sovrano nella misura in cui essa opera simultaneamente all'interno e all'esterno del diritto. Essa punta verso una zona di indistinzione in relazione ai suoi sforzi di codificare l'autorizzazione di una forma di intervento internazionale che diviene evidente nel fatto che questa autorizzazione deve ancora ricevere lo status di diritto internazionale, mentre, allo stesso tempo, essa deve invocare la forza che il diritto normalmente assume. Il discorso sulla sicurezza umana si trova perciò in una aporia in relazione al diritto internazionale, che deve essere sospeso nel momento stesso in cui se ne invoca la forza». Per una critica dell'utilizzo agambeniano dell'impianto categoriale dell'ultimo Foucault si veda, comunque, T. Lemke, «A Zone of Indistinction». *A Critique of Giorgio Agamben's Concept of Biopolitics*, «Outlines», n. 1, 2005, pp. 3 ss.

⁹⁶ De Larrinaga, Doucet, *Sovereign Power and the Biopolitics of Human Security*, cit., p. 531.

⁹⁷ Ivi, p. 528.

“svolta biopolitica” della teoria critica contemporanea⁹⁸: come sottolineano De Larrinaga e Doucet, ciò che si delinea qui è, infatti, proprio

un’interpretazione della sovranità qualificata in linea con le funzioni biopolitiche dello Stato, giacché “ciascun singolo Stato ha la responsabilità di proteggere le sue popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica e dai crimini contro l’umanità”. Combinati con il riconoscimento della discrezionalità politica del *Security Council* in materia di intervento, i più recenti sviluppi istituzionali potrebbero dunque essere letti come una codificazione della sovranità in termini biopolitici e dunque come un rafforzamento dei legami tra potere sovrano e biopotere⁹⁹.

Secondo questo tipo di analisi, ciò che emerge dalla «svolta verso la protezione» caratteristica della più recente politica internazionale è comunque un vero e proprio «sistema di biopolitica», chiamato ad esercitare stabili e pervasive funzioni di osservazione, controllo e regolazione sulle «vite degli esseri umani (non occidentali)»¹⁰⁰. Nell’approccio «morale» al tema della sicurezza umana proposto dai teorici della *responsibility to protect* il tradizionale impianto dell’«intervento militare umanitario» è stato infatti ripensato all’interno di un «più ampio schema di responsabilità», il cui baricentro coincide con l’esigenza di *prevenire* il verificarsi di crisi umanitarie, implementando i molteplici strumenti di azione a tal fine utilizzabili, invece di limitarsi ad intervenire *ex post* per porre rimedio ai più eclatanti fenomeni di violenza di massa da esse generati¹⁰¹. Come dimostra nel modo più evidente la «three

98 Ivi, pp. 531 ss. Ma sul punto si veda anche D. Chandler, *R2P or Not R2P? More Statebuilding, Less Responsibility*, «Global Responsibility to Protect», n. 2, 2010, pp. 161-166.

99 De Larrinaga, Doucet, *Sovereign Power and the Biopolitics of Human Security*, cit., pp. 531 s. Secondo questi ultimi, ciò che prende forma qui è, infatti, proprio «un’interpretazione della sovranità qualificata in linea con le funzioni biopolitiche dello Stato, giacché “ciascun singolo Stato ha la responsabilità di proteggere le sue popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica e dai crimini contro l’umanità”. Combinati con il riconoscimento della discrezionalità politica del *Security Council* in materia di intervento, i più recenti sviluppi istituzionali potrebbero dunque essere letti come una codificazione della sovranità in termini biopolitici e dunque come un rafforzamento dei legami tra potere sovrano e biopotere».

100 P. Weber, *Too political or not political enough? A Foucauldian reading of the Responsibility to Protect*, «The International Journal of Human Rights», n. 13/4, pp. 581-590, in part. p. 586.

101 Abbas, *The Shifting Discourse of the “Responsibility to Protect”* cit., pp. 16 ss.

pillars strategy» proposta nel 2009 dal Segretario generale delle Nazioni Unite Ban-Ki-Moon, si tratta tuttavia di un modello che tende ad interpretare le «atrocità di massa» a prescindere da qualsiasi approfondita considerazione di carattere economico e sociale, «concentrandosi esclusivamente sulle strutture istituzionali che si ritiene diano forma al comportamento degli individui, creando, incrementando o limitando le possibilità che quelle atrocità si verificano»¹⁰². Ciò che ne risulta è perciò una prospettiva «governamentale» nell'accezione più tecnica del termine, al centro della quale spicca la messa in opera di un articolato programma di «*statebuilding* internazionale», esplicitamente diretto all'assistenza degli Stati «deboli» o «in via di fallimento» delle aree non occidentali, al fine di «circoscrivere e mitigare i pericoli potenziali dell'autonomia»¹⁰³. Una linea di sviluppo, questa, che, secondo alcuni interpreti, non manca però di più impegnativi elementi di complessità costruttiva nella misura in cui continua ad essere almeno in parte attraversata dalle «narrazioni moderniste/coloniali» sull'«esercizio dei diritti politici e civili» come momento di transizione guidata alla genesi di una libera soggettività in grado di agire in modo davvero autonomo e responsabile¹⁰⁴.

È, peraltro, proprio a questo livello che, secondo Patricia Weber, il nascente paradigma della *souveraineté-responsabilité* rivela i suoi più diretti collegamenti con le complessive logiche di funzionamento del capitalismo globale, come dimostra il fatto che «una fondamentale giustificazione per l'introduzione del "dovere biopolitico di prevenire"» è stata, fin dall'inizio, il richiamo alla crescente interdipendenza dei mercati economici occidentali e non occidentali. Alla base del passaggio in atto si porrebbe, dunque, la cruciale constatazione che nelle mutate condizioni di produzione e circolazione economica create dai processi di globalizzazione, le dinamiche patologiche innescate da qualsivoglia crisi umanitaria nelle periferie del mondo comportano anche «disastrosi effetti economici» a livello globale. L'utilizzo di forme di amministrazione biopolitica nel mondo non occidentale attraverso lo schema operativo della *responsibility to protect* può essere interpretato, perciò, anche come un'efficace risposta all'esigenza degli «attori occidentali di controllare

102 Chandler, *R2P or Not R2P?* cit., p. 165. Ma sulla funzione strategica assunta in tale discorso da una rappresentazione «localizzata» delle crisi umanitarie, del tutto indifferente al più ampio contesto causale presente alla loro base, si veda Orford, *Reading Humanitarian Intervention* cit., pp. 123 ss.

103 Glover, *A critique of the theory and practice of R2P*, cit.

104 Ibidem.

meglio la natura globalizzante dei mercati», una circostanza, questa, che secondo Weber, non potrà non incentivare l'«Occidente» ad incrementare sempre di più l'utilizzo di questa specifica forma di «regolazione biopolitica»¹⁰⁵.

Secondo alcuni esponenti di questa «neofoucauldian critical international theory», il quadro così definito non può dirsi però davvero completo se non si prendono in considerazione i cruciali nessi che legano il paradigma della *sovranità-responsabilità* alla «hard security agenda» impostasi nel contesto delle relazioni internazionali in seguito all'emergere del terrorismo come nuovo «pericolo globale» dell'epoca post-11 settembre¹⁰⁶. Più che dai parametri umanitari dello «human security discourse», nel corso degli ultimi anni l'individuazione dei possibili obiettivi di intervento sembra essere stata, infatti, profondamente condizionata dalle esigenze di sicurezza interna degli Stati occidentali e da «finalità concepite sempre di più sulla base degli obiettivi della “guerra globale al terrore”». Nelle dinamiche in atto a questo livello della politica internazionale è possibile, così, cogliere il segno di un progressivo slittamento verso «una più intima connessione tra potere sovrano, biopolitica e il mantenimento dell'ordine post-11 settembre», un passaggio, questo, in qualche modo favorito dal modo in cui lo stesso «discorso sulla sicurezza umana prepara concettualmente una forma di vita esposta all'attuazione di interventi proattivi di supremazia (*pre-emption*) e prevenzione»¹⁰⁷. Ciò che ne risulta, dunque, è una nuova «cartografia dell'intervento»¹⁰⁸ nella

105 Weber, *Too political or not political enough?* cit., p. 587: «La Commissione sostiene che la dottrina RTP dovrebbe essere utilizzata dagli Stati occidentali a causa dell'“impatto della globalizzazione sull'intensificazione della interdipendenza economica tra gli Stati”. Essa sottolinea che il fallimento nell'implementazione della RTP contribuirà alla “incauta perdita di preziose risorse in conflitti invece che allo sviluppo economico e sociale”. In tali passaggi, la Commissione fa riferimento ai mercati globali come qualcosa che contribuisce alla necessità di applicare la biopolitica».

106 M. Duffield, N. Waddell, *Human Security and Global Danger. Exploring a Governmental Assemblage*, Department of Politics and International Relations, University of Lancaster October 2004, disponibili al link <www.bond.org.uk/pubs/gsd/duffield.pdf>. La distinzione tra «hard» e «soft security» è stata proposta da J. Nye nel saggio *Hard and Soft Power in a Global Information Age*, in M. Leonard (ed. by) *Re-Ordering the World: The Long-Term Implications of 11 September*, London, The Foreign Policy Centre, 2002, pp. 2-10.

107 De Larrinaga, Doucet, *Sovereign Power and the Biopolitics of Human Security*, cit., p. 531.

108 Cfr. A. Orford, *Reading Humanitarian Intervention. Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 123 ss.

quale attraverso una selettiva applicazione del paradigma biopolitico della *sovranità-responsabilità* si giunge alla costituzione di vere e proprie «zone di eccezione» immediatamente assoggettabili alla logica di esercizio di un'asimmetrica forma di *governance* transnazionale.

In tale articolato contesto di dibattito, obiettivo primario delle multiformi pratiche umanitarie messe in campo sotto la copertura della *R2P* non è, dunque, la protezione di «estranei lontani» sottoposti alla violenza di «strutture statuali oppressive», bensì l'«emancipazione della cittadinanza occidentale dalle turbolente forme di fallimento statale prodottesi alla sua periferia»¹⁰⁹ ovvero, più radicalmente, l'eliminazione di focolai di disordine «percepiti come dotati di un effetto destabilizzante a cascata» sul vigente ordine mondiale¹¹⁰. A dispetto della retorica cosmopolitica utilizzata dai suoi più convinti sostenitori, in tale contesto l'intervento in difesa delle vittime di massicce forme di violazione dei diritti umani può essere, dunque, preso in considerazione solo nella misura in cui configura un problema di *global governance*: la concezione della *responsabilità di proteggere* rappresenta cioè una strumentale forma di «gerarchizzazione (*prioritization*) della gestione del rischio attraverso un'opportunistica azione violenta contro un determinato sovrano fonte di instabilità»¹¹¹. Secondo questa lettura, una prospettiva critica attenta alla «governamentalità globale della sicurezza umana» è in grado, dunque, di spiegare le parole e i silenzi, le azioni e le inazioni della politica internazionale in modo decisamente più penetrante di quanto non possano fare approcci fondati su una tradizionale concezione degli interessi statuali o dei vincoli geopolitici mondiali. Tutto sembra tenersi, infatti, in un'ambivalente struttura di razionalità politica dove pervasive istanze biopolitiche appaiono intimamente fuse con l'ambiziosa geopolitica della «liberal peace», e «gli imperativi della produttività, della circolazione e dell'adattamento positivo restano imbricati nelle concezioni della stabilità e dell'ordine»¹¹².

109 N. Glover, *A critique of the theory and practice of R2P*, 27 September 2011, disponibile sul sito <www.e-ir.info>.

110 K. Grayson, *Human security: Sovereignty and disorder*, in *Critical Perspectives on Human Security. Rethinking emancipation and power in international relations*, Oxon-New York, 2011, pp. 172 ss, in part. p. 181.

111 Glover, *A critique of the theory and practice of R2P*, cit.

112 Grayson, *Human security* cit., p. 182; Glover, *A critique of the theory and practice of R2P*, cit.

5. Molto ci sarebbe da dire ovviamente sui presupposti e i limiti di queste linee di discussione del modello della *sovranità-responsabilità*. Anche per questo specifico ambito di studi sembrano, infatti, valere le penetranti obiezioni di metodo recentemente avanzate contro il «foucauldian turn» della teoria internazionalistica contemporanea¹¹³: in particolare l'accusa di aver fatto delle dinamiche operative della «global biopolitics» o «global governmentality», come onnicomprensivo nesso di relazioni regolative e produttive, l'indiscusso – e per molti versi irriflesso – presupposto *ontologico* di un rinnovato approccio critico alle ambivalenti dinamiche della politica internazionale contemporanea¹¹⁴. In tale contesto divengono, peraltro, del tutto evidenti anche le indiscutibili rigidità analitico-critiche prodotte da una pregiudiziale interpretazione del *paradigma dei diritti umani* come privilegiato strumento di articolazione di una nuova e pervasiva forma di governo dei soggetti, operante al tempo stesso al livello dei discorsi e delle pratiche globali. Secondo questa lettura, lo sviluppo del discorso giuridico-morale degli ultimi due decenni ha avuto, infatti, come principale risultato quello di fare dei diritti umani «una sorta di *standard* o norma globale sulla cui base attori differenti possono essere valutati e disciplinati, e in riferimento alla quale essi tendono sempre di più a valutarsi, modificando il proprio comportamento per conformarsi (almeno ufficialmente) a tale *standard*»¹¹⁵. Si tratta di un processo che a livello individuale trova la sua più estrema e paradossale manifestazione nel «potere» del singolo di «riconoscere e mettere in forma la propria vita in conformità ad un'autorizzata lista di diritti redatta da "esperti morali"» e diretta a rafforzare l'avanzato processo di *normalizzazione soggettiva* in atto nella «società regolata» dell'epoca globale¹¹⁶. Secondo Tanja Aalbert, le pervasive

113 Per una generale ricognizione delle questioni al centro del dibattito si veda AA.VV., *Michel Foucault: New Directions in Theorising World Politics*, «Global Society», n. 23/4, 2009, pp. 353 ss.. Ma sul tema si veda anche AA.VV., *Foucault and International Political Sociology*, «International Political Sociology», n. 2, 2008, pp. 265 ss.

114 D. Chandler, *Globalising Foucault: Turning Critique into Apologia. A Response to Kiersey and Rosenow*, «Global Society», vol. 24/2, 2010, pp. 135-142; Idem, *Forget Foucault, Forget Foucault, Forget Foucault...*, «International Political Sociology», n. 4/2, 2010, pp. 205-207. Ma sui limiti di questa linea di dibattito si veda anche, più in generale, si veda anche J. Selby, *Engaging Foucault: Discourse, Liberal Governance and the Limits of Foucauldian IR*, «International Relations», n. 21/3, 2007, pp. 324-345, in part. pp. 333 ss.

115 Manokha, *Foucault's Concept of Power and the Global Discourse of Human Rights*, cit., p. 430.

116 Douzinas, *Human Rights and Empire* cit., p. 13. Ma per una lettura in chiave spe-

dinamiche di questa forma di «government through rights»¹¹⁷ trovano però modo di esprimersi, e al massimo livello, anche nel contesto di costituzione, organizzazione e azione degli attori collettivi, se è vero che esse mettono decisamente in questione le tradizionali modalità di «produzione dell'identità degli Stati sovrani» come membri formalmente eguali della società internazionale, aprendo la strada a «nuove forme di normalizzazione basate sui contingenti parametri di un (appropriato) modo di essere sovrani»¹¹⁸.

In tali testi, a dominare l'impianto dell'analisi è, perciò, davvero il «lato più oscuro» del moderno *cosmopolitismo dei diritti*, assunto come una cruciale componente, ideologica, ma non solo, del processo di costruzione di un «nuovo ordine morale» peculiarmente congruente con le istanze economiche e politiche della governamentalità neo-liberale¹¹⁹, invece che come l'espres-

cificamente economica di questo processo si veda A. Orford, *Trade, human rights and the economy of sacrifice*, ora in A. Orford (ed. by), *International Law and its Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 156-195, in part. p. 190: «L'introduzione del regime di legalità (rule of law) come universalismo vuoto dipende a sua volta dalla costituzione e dal disciplinamento degli adeguati tipi di soggetto capace di partecipare responsabilmente ad una forma politica liberale capitalistica. Così le istituzioni dello sviluppo sono impegnate anche nell'offrire manuali di istruzione pensati per produrre i soggetti della globalizzazione economica – sia come cittadini che si assoggettano alle discipline del mercato che come decisori desiderosi e capaci di impegnarsi in calcoli sul rischio e il compenso».

117 B. Sokhi-Bulley, *Governing (Through) Rights: Statistics as Technologies of Governmentality*, «Social & Legal Studies», n. 20, 2011, pp. 139-155.

118 T. E. Aalberts, *Patterns of Global Governmentality and Sovereignty*, in S. Guzzini, I. B. Neumann (ed. by), *The Diffusion of Power in Global Governance. International Political Economy meets Foucault*, Basingstoke-New York, Palgrave, 2012, pp. 243 ss.; Eadem, *Constructing Sovereignty between Politics and Law*, Oxon-New York, Routledge, 2012, pp. 125 ss., in part. pp. 153 s. Secondo questa interpretazione, «i diritti sovrani non possono evitare o limitare le aree di normalizzazione ma, al contrario, sono essi stessi meccanismi di disciplina». Assieme ai «metavalori che ne sono alla base, funzionano, infatti, come standard di misurazione e il diritto all'eguaglianza sovrana si trasforma in un dovere di essere «egualmente sovrani», vale a dire ad essere sovrani di un certo tipo e/o in una certa maniera. L'immagine giuridica di diritti e doveri formali (codificati) è integrata e alimentata da sviluppi normativi che riguardano l'appropriata statualità all'interno della società internazionale e assieme le idee prevalenti sulla sovranità responsabile»

119 W. Brown, «*The Most We Can Hope For...*»: *Human Rights and the Politics of Fatalism*, «South Atlantic Quarterly», n. 103/2-3, 2004, pp. 451-463, in part. p. 459; I. Manokha, *Foucault's Concept of Power and the Global Discourse of Human Rights*, «Global Society», n. 23/4, 2009, pp. 429-452; K. Shimizu, *Human security, governmentality, and sovereignty: a critical examination of contemporary discourses on universalizing hu-*

sione ultima e più radicale di «una lunga e onorata tradizione di dissenso, resistenza e ribellione contro l'oppressione del potere e l'ingiustizia della legge»¹²⁰. Se questo è il quadro, non può sorprendere, dunque, che nelle interpretazioni più fortemente permeate da istanze decostruttive di ispirazione foucaultiana, la dottrina della *responsibility to protect* abbia potuto essere rappresentata come un mero strumento di consolidamento normativo di un «meccanismo di normalizzazione» governamentale già operante all'interno della società internazionale degli Stati sovrani attraverso l'implementazione di strumenti di «classificazione» e «gerarchizzazione» centrati sulla «rivelazione di distinzioni e derivazioni individuali dalla norma (sovranità responsabile)»¹²¹. Come sottolinea Tanja Aalbert, con tale concezione si è voluto offrire una risposta al tempo stesso ideologicamente ed operativamente potenziata alle cruciali «questioni di autorità» sorte dalla progressiva espansione delle forme transnazionali di «amministrazione della vita nel mondo decolonizzato»¹²², portando così in qualche modo a compimento un processo di rifondazione normativa dell'«azione esecutiva internazionale» avviato già con la radicale «svolta verso i diritti umani» della prima metà degli anni Novanta¹²³. Ciò che davvero colpisce in questo passaggio è, però, secondo Anne Orford, proprio la scelta di affrontare le cruciali questioni fondative ancora sul tappeto nella prospettiva immediatamente funzionale di un richiamo all'*effettiva*

manity, in F. Debrix e M. J. Lacy (ed. by), *The Geopolitics of American Insecurity: Terror, Power and Foreign Policy*, New York, Routledge, 2009, pp. 143 ss.;

120 C. Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, London, Routledge, 2007, pp. 7 ss., in part. p. 13.

121 Aalberts, *Patterns of Global Governmentality and Sovereignty*, cit., p. 244. Come ricorda Aalberts, anche a livello internazionale la «governamentalità» si conferma, perciò, come una modalità di potere che «lavora dall'interno della società, per dirigere il comportamento di quelli che sono parte della sua popolazione. Essa omogeneizza il corpo sociale e al tempo stesso differenzia alcuni soggetti particolari sulla base di una norma che applica a tutti i membri come sovrani eguali e responsabili». Su questo aspetto della lettura post-strutturalista del discorso giusinternazionalistico contemporaneo si veda anche M. Olmsted, *Are Things Falling Apart? Rethinking the Purpose and Function of International Law*, «Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review», 2005, pp. 401 ss.

122 Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 40.

123 Ivi, p. 102. Per Orford, questa svolta segna anche l'abbandono della tradizionale posizione di «neutralità e imparzialità» nei confronti delle parti in causa da sempre adottata dagli «UN peacekeepers» e dalle agenzie umanitarie in situazioni di «atrocità di massa».

capacità di proteggere le popolazioni a rischio. Questa fondazione *de facto* dell'autorità internazionale finisce, infatti, per rendere del tutto marginali «le più familiari rivendicazioni di un'autorità fondata sul diritto, sia essa intesa in senso storico, universale o democratico», segnando un punto di profonda discontinuità con «la concezione dell'autorità legittima che a partire dal 1945 aveva formato la base normativa del moderno sistema giuridico internazionale»¹²⁴.

Da tale punto di vista, non è un caso, dunque, che nel corso degli ultimi anni il processo di elaborazione teorica della *responsibility to protect* abbia fatto perno, anche in sede ONU, più che sui fondamenti e i limiti giuridici di tale approccio, sull'esigenza di sviluppare un'adeguata capacità di risposta alle sfide della «protezione» attraverso «sistemi coordinati di allerta rapida e di analisi delle informazioni», in grado di offrire una cornice-guida per l'assunzione di decisioni efficaci in questo campo¹²⁵. Su questa base, il baricentro dell'indagine non può, tuttavia, non passare dall'analisi dei «meccanismi di normalizzazione» e delle «strutture discorsive dominanti» a quella delle concrete «pratiche» o «tecnologie» di governo materialmente impiegate nella costruzione dello spazio di operatività della *souveraineté-responsabilité*. È a questo livello, infatti, che, secondo Orford, può essere colto il significato più concreto assunto da tale paradigma all'interno del prolungato processo di «riorganizzazione del potere» prodotto, all'interno e all'esterno degli Stati, dalla progressiva «espansione dell'azione esecutiva internazionale nel mondo decolonizzato»¹²⁶. A posteriori, anche l'originario impianto costruttivo messo a punto dagli esperti ICISS attraverso l'idea di un *continuum* di intervento scandito dalle tre parole chiave *to prevent*, *to react* e *to reconstruct* diviene

124 Ivi, p. 13.

125 Per una ricostruzione degli sviluppi di questa linea di approfondimento teorico e normativo in sede ONU si veda ivi, pp. 104 ss.

126 A. Orford, *In Praise of Description*, «Leiden Journal of International Law», n. 25/3, 2012, pp. 609-625, in part. pp. 614 ss.: «C'è stata una scarsa attenzione critica per le molto più prosaiche e quotidiane pratiche implicate dal lavoro istituzionale dell'amministrazione internazionale. Eppure è in queste pratiche di routine che gli effetti politici della concezione della responsabilità di proteggere dovrebbero essere determinati». Ma su punto si veda anche Eadem, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 34: «Più che indicare il momento in cui la comunità internazionale ha iniziato un nuovo insieme di pratiche o gli Stati hanno accettato nuovi obblighi di comportamento, l'emergere della concezione della responsabilità di proteggere segna un mutamento nel modo in cui le pratiche esistenti di governo internazionale sono rese intelleggibili».

così declinabile, foucaultianamente, proprio «come un modo di pensare per gruppi di tecniche»: «tecniche per la prevenzione come la sorveglianza, tecniche per la reazione come l'uso della forza e tecniche per la ricostruzione come l'amministrazione, la riforma del settore della sicurezza e lo sviluppo economico»¹²⁷. Un altro modo, questo, per ribadire la valenza eminentemente impositiva e dispositiva caratteristica di una concezione nata per «consolidare e sistematizzare» le pervasive pratiche di «executive rule» – amministrazione, sorveglianza, indagini conoscitive, diplomazia informale, *management*, *capacity-building* e attività di polizia¹²⁸ – messe in campo a livello internazionale sin dalla fine degli anni Cinquanta, offrendo al contempo «un coerente resoconto dell'autorità attraverso la quale gli ufficiali internazionali possono interpretare il proprio ruolo di fronte a se stessi e a coloro che governano»¹²⁹. Secondo questa prospettiva, «fondare l'autorità sulla capacità di proteggere» conduce, infatti, inevitabilmente a

privilegiare un certo tipo di istituzioni e certe forme di azione rispetto ad altre. [...] Caratterizzare una situazione come guerra civile o anarchia significa registrare l'assenza di una qualche preconcepita forma di forza integrativa. La svolta verso la protezione si concentra sul far apparire quella forza integrativa e perciò muove verso la creazione di istituzioni che privilegiano la coerenza, il controllo e la centralizzazione. Questa è da molto tempo la cornice all'interno della quale è stato spiegato il bisogno di un'autorità internazionale nel mondo decolonizzato¹³⁰.

Altrove ho già avuto modo di richiamare l'attenzione sugli elevati costi – non solo teorici – derivanti da una unilaterale lettura di tipo “sistemico” delle complesse e ambivalenti dinamiche caratteristiche del nuovo ordine giuridico e politico dell'«epoca globale»¹³¹. Come dimostra l'alluvionale letteratura sullo «stato di eccezione» prodotta nel corso degli ultimi anni, il rischio concreto che si corre a questo livello di discorso è, infatti, quello di addentrarsi nell'analisi “strutturale” di una onnicomprensiva «costellazione di dominio e oppressione» globali, perdendo decisamente di vista la concretezza fenomenologica dei complessi processi in atto¹³². Come ha scritto Costas Douzinas,

127 Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 103.

128 *Ibidem*.

129 Orford, *In Praise of Description*, cit., p. 614.

130 Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, cit., p. 133.

131 Scuccimarra, *L'eccezione umanitaria* cit.

132 Cfr. F. Benigno, L. Scuccimarra, *Introduzione*, in F. Benigno e L. Scuccimarra (a

un autore non sospettabile di particolari simpatie per l'«humanitarian turn» della politica internazionale, le domande che dobbiamo porci di fronte all'intricato nodo di diritti e poteri, logiche di dominio e istanze emancipatorie caratteristico della nostra epoca riguardano, al contrario, sempre lo *specifico* trattamento subito da *determinate* persone in luoghi e momenti *determinati*: a differenza di quanto molti protagonisti del dibattito contemporaneo sembrano pensare, le prerogative giuridiche e morali degli esseri umani sono, infatti, sempre «protette o violate localmente: a casa, per strada, a scuola, sul posto di lavoro e in prigione, negli uffici del governo e nei media locali», anche se affrontare queste *specifiche* questioni di diritti oggi significa confrontarsi con una imponente massa di fattori condizionanti, che vanno decisamente al di là dell'immediato contesto spazio-temporale indagato¹³³.

Traslato sullo specifico terreno oggetto del presente contributo, questo approccio problematico impone perciò di abbandonare l'autoreferenziale e astratta linea interpretativa propria delle correnti analisi «post-strutturalistiche» della *sovranità-responsabilità*, per tornare ad interrogarsi sulle concrete questioni *politiche* sollevate dall'imporsi di quel paradigma: per rendere effettiva la «responsabilità di proteggere» è davvero necessario perseguire «il controllo su tutti gli aspetti della vita all'interno di Stati securizzati, al fine di sconfiggere i nemici della pace internazionale», o è possibile invece volgersi verso tecniche di pacificazione specificamente orientate al peculiare contesto di relazioni politiche, sociali e culturali di volta in volta in questione? Occorre necessariamente privilegiare una forma di «liberal policing» diretta «ad amministrare le tensioni tra ricchi e poveri ereditate dal colonialismo e consolidate dalla vigente divisione internazionale del lavoro» o è possibile piuttosto immaginare «lo sviluppo di nuove forme di azione create dalle stesse comunità sottoposte a vigilanza?» E soprattutto: quale autorità, «in rappresentanza di quali impegni normativi e per conto di quale popolazione», può rivendicare il diritto di decidere che cosa significhi protezione in un determinato momento e in un determinato luogo, e in quale modo sia concretamente possibile realizzarla?¹³⁴

cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, Viella, 2010, p. 15.

133 Douzinas, *Human Rights and Empire* cit., p. 14. Ma sul punto si veda anche Brown, «*The Most We Can Hope For...*» cit., p. 460.

134 A. Orford, *Moral Internationalism and the Responsibility to Protect*, «*The European Journal of International Law*», vol. 24/1, 2013, pp. 83-108, in part. p. 105.

Come è evidente, per tentare di dare una adeguata risposta a queste domande occorre liberarsi una volta per tutte dai vincoli di una reinterpretazione «essenzialistica» e totalizzante della «governamentalità biopolitica»¹³⁵, per inoltrarsi in una puntuale analisi dei concreti processi di «interazione, riconoscimento e legittimazione» attraverso i quali ha potuto imporsi un particolare modo di pensare e praticare la svolta verso una nuova forma di *responsabilità cosmopolitica*¹³⁶. Più specificamente, occorre tornare a interrogarsi – in una prospettiva, a ben vedere, non lontana dagli stessi originari obiettivi della teorizzazione foucaultiana¹³⁷ – sui concreti presupposti costruttivi, al tempo stesso concettuali, normativi, discorsivi e simbolici, che nel nuovo spazio di relazioni internazionali scaturito dalla fine della guerra fredda hanno contribuito alla genesi di un’ideologia e di una politica dei diritti umani dominata da una interpretazione decisamente distorta e riduttiva della «prospettiva dell’altro generalizzato». Il sospetto che emerge dall’analisi del dibattito in corso è, infatti, che proprio a questo livello prenda forma quella declinazione brutalmente seriale e tecnicistica della problematica della «protezione» che diversi protagonisti di primo piano della teoria “post-strutturalista” delle relazioni internazionali si ostinano invece a voler ricondurre ad un presunto, costitutivo, *ordine del dominio* posto alla base del nostro consolidato modo di pensare e praticare la politica. A dispetto di quanto possano pensare alcuni rigidi interpreti del modello del «government through rights», il paradigma dei diritti umani resta, infatti, a tutt’oggi una costellazione fondativa e costruttiva dinamica e plurale, in grado, nonostante tutto, di veicolare un paradossale residuo di «trascendenza» rispetto alle stesse dinamiche omologanti e autori-

135 D. Chandler, *Liberal War and Foucauldian Metphysics*, «Journal of International Cooperation Studies», vol.18/1, 2010, pp. 85 ss.; Idem, *Critiquing Global Cosmopolitanism? The Limits of Biopolitics Approach*, «International Political Sociology», n. 3, 2009, pp. 53–70; Idem, *Globalising Foucault*, cit., pp. 336 ss.

136 Devetak, *Between Kant and Pufendorf* cit., p. 167; Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., pp. 179 ss.

137 M. Dean, *Empire and governmentality*, «Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory», n. 4/1, 2003, pp. 11-122, in part. p. 112: «Possiamo convenire [...] che Foucault non ha mai tentato di afferrare le “reali dinamiche” di nulla. Piuttosto egli ha cercato di afferrare le complesse e variegate razionalità e forme di conoscenza attraverso le quali i problemi sono resi pensabili e le tecniche e i meccanismi attraverso i quali essi divengono governabili. Il prezzo di tale approccio è che Foucault rifugge il fatuo realismo comune alla scienza politica e sociale più convenzionale, in particolare nella discussione della globalizzazione... ». Ma sul punto si veda anche Selby, *Engaging Foucault* cit.

tarie che innervano il tessuto politico ed economico della «società globale»¹³⁸. Confrontarsi con questo passaggio cruciale della vicenda evolutiva dell'odierno «regime internazionale dei diritti umani»¹³⁹ può essere, dunque, un modo efficace per provare a ripensare in un'adeguata chiave post-territoriale la grande costellazione di principi e valori lasciataci in eredità dal laboratorio giuridico-politico della «nostra» modernità, al di là di ogni predeterminata proposta interpretativa.

138 Douzinas, *Human Rights and Empire* cit., p. 33: «Ogni volta che una persona povera, oppressa, torturata usa il linguaggio dei diritti – perché nessun altro è al momento disponibile – per protestare, resistere, lottare, essa lo estrae da e si collega con la più onorevole metafisica, moralità e politica del mondo occidentale. I diritti umani hanno solo paradossi da offrire».

139 Benhabib, *Cittadini globali* cit., p. 17.

Gli Autori del volume

Roberto Bartoli, Professore associato di diritto penale, Università di Firenze

Pietro Costa, Professore ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze

Ombretta Di Giovine, Professore ordinario di Diritto penale, Università di Foggia

Sergio Labate, Ricercatore di Filosofia teoretica, Università di Macerata

Stefano Manacorda, Professore straordinario di Diritto penale, Seconda Università di Napoli

Massimo Meccarelli, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Macerata

Paolo Palchetti, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Macerata

Domenico Pulitanò, Professore ordinario di Diritto penale, Università di Milano-Bicocca

Tullio Scovazzi, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca

Luca Scuccimarra, Professore ordinario di Storia delle dottrine politiche, Università di Roma La Sapienza

Carlo Sotis, Professore associato di Diritto penale, Università della Tuscia

Pietro Sullo, Direttore del Master Europeo in Diritti Umani e Democratizzazione, European Inter-University Centre for Human Rights and Democratization (EIUC) di Venezia.

Francescomaria Tedesco, Assegnista di ricerca di Filosofia politica, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

INDICE

I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio	9
1. Chiaro-scuri: tensioni dicotomiche nei diritti umani	10
2. Diritti umani tra politica e giustizia	13
3. Il cambiamento di senso nel discorso sui diritti umani	19
4. Prospettive	22

Prospettive

Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica . . .	27
1. I diritti umani come <i>moral rights</i>	27
2. Un (remoto) punto di origine: Francisco de Vitoria	31
3. I diritti naturali come <i>moral rights</i> : Locke e il paradigma giusnaturalistico	36
4. I diritti naturali fra “universalismo” e “particolarismo”: le rivoluzioni di fine Settecento	44
5. I <i>moral rights</i> fra eguaglianza e differenze: le “lotte per i diritti” nell’Ottocento	53
6. Alle origini dei diritti umani: la catastrofe della guerra e la Dichiarazione del 1948	63
7. I diritti umani fra retoriche universalistiche e lotte per il riconoscimento	70
Diritti umani e diritto penale	81
1. Una riflessione entro l’orizzonte del liberalismo politico	81
2. Il principio dell’eguale rispetto	84
3. I diritti di fronte al diritto penale	87
4. Diritti e sicurezza	93
5. I principi del penale di fronte ai diritti	95
6. Diritto alla vita e diritti della persona	102
7. Divieti e comandi	105
8. I diritti umani fra liberalismo politico e concezioni comprensive . .	108

Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale	115
1. Premessa	115
2. L'appesantimento della retorica	115
3. Il paradosso dei diritti umani	116
4. Progressi e regressi	117
5. La redazione delle norme	119
6. L'insofferenza agli strumenti giudiziari di accertamento delle violazioni	121
7. Le interpretazioni errate delle norme	122
8. Due decisioni micidiali della Corte Costituzionale italiana	124
9. I conflitti tra diritti umani	129
10. Imprese e diritti umani	131

Figure

“Chiaro e oscuro” dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto	137
1. Due brevi premesse	137
2. Diritti umani e sovranità	138
3. Diritti umani e forza legittimante/delegittimante	141
4. Diritti umani tra universalismo e particolarismo	144
5. Il bilanciamento fra diritti umani. I tentativi di “sovvertimento” del sistema	145
6. Diritti umani e scelte di criminalizzazione	151
7. Dall'uomo alla persona: “chiaro e oscuro” della prevenzione speciale	153

Una <i>truth commission</i> senza verità? <i>L'Instance Équité et Réconciliation</i> nella transizione marocchina	157
1. Introduzione	157
2. Inquadramento storico	159
3. Il problema del “superamento del passato” e le transizioni di regime	167
4. La <i>transitional Justice</i>	174
5. Le <i>truth commissions</i>	180
6. Il problema della riconciliazione	182
7. Violazioni dei diritti umani in Marocco e genesi della IER	187

8. L'IER al lavoro	190
9. Ombre sull'IER	196
10. Conclusioni	200
Linee di faglia. Diritti umani, sovranità, pena di morte	203
1. La forca come apparato ideologico di Stato	204
2. Dei diritti e delle pene	210
3. Hamlet oder Barnardine	221
4. Conclusioni	232
Mutamenti	
La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire da <i>Diritto naturale e dignità umana</i> di Ernst Bloch	237
1. Il fondamento naturale come lato oscuro	237
2. Il giusnaturalismo oltre le sue illusioni	238
3. Dell'eredità rivoluzionaria di Rousseau	246
4. Conclusione: utopie sociali e diritti naturali	257
Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale	263
1. Premessa	263
2. I diritti fondamentali che il diritto penale deve rispettare (i diritti del reo)	266
3. I diritti fondamentali che il diritto penale deve tutelare (i diritti delle vittime)	275
4. La risposta procedurale: chi fa l'arbitro?	295
5. Conclusione	304
“Dovere di punire”? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto	307
1. Introduzione	307
2. L'emersione di obblighi di tutela penale 'di nuova generazione'? Il diritto alla vita come banco di prova	309
3. Giustiziabilità delle norme internazionali e sistema penale: dagli 'obblighi positivi' alla tipologia degli obblighi di tutela penale	313
4. Obblighi di penalizzazione e divieti di depenalizzazione (in senso lato)	317

INDICE

5. Obblighi procedurali di natura penale	320
6. Corti nazionali e attuazione degli obblighi di tutela penale internazionale: disapplicazione, inconvenzionalità, incostituzionalità e interpretazione conforme	322
7. Una verifica degli obblighi di tutela sul terreno del diritto alla vita. I limiti strutturali degli obblighi positivi: offese non statuali e fattispecie colpose	327
8. Gli ulteriori limiti degli obblighi di tutela penale inerenti alla struttura del diritto alla vita: i temi eticamente sensibili e i controinteressi	331
9. Obblighi di incriminazione e principi di legittimazione dell'intervento penale: il "lato oscuro" dei diritti umani?	336
10. Eclissi del principio di offensività e irruzione della vittima sulla "scena penale"?	339
11. Rovesciamento dell'ultima ratio?	341
12. Abbandono dei corollari della legalità penale?	343
13. Deriva o rinnovamento del sistema penale per effetto degli obblighi?	345
 Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla "responsability to protect"	 349
 Gli Autori	 385
 Indice	 387

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>

26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>