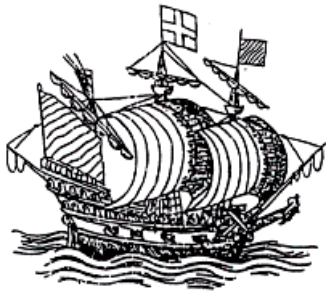


# JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale  
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. IX, n. 1, Anno 2012





# JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale  
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



## JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

[Segreteria@juragentium.org](mailto:Segreteria@juragentium.org)

ISSN 1826-8269

Vol. IX, n. 1, Anno 2012

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vice direttore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

# Indice

## **SAGGI** **5**

---

**EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA** **7**  
ROMINA FEFERMAN

**EGEMONIA CULTURALE E IMPERIALISMO GIURIDICO NELLA GLOBAL GOVERNANCE** **34**  
FRANCESCA SPAGNUOLO

**L'“UMANESIMO MILITARE” E LA SPOLITICIZZAZIONE DELLA GUERRA** **46**  
EDOARDO GREBLO

**IMAGINING A NEW ORDER: INDIVIDUAL, GROUPS AND STATE IN ITALY BETWEEN FASCISM AND DEMOCRACY** **62**  
IRENE STOLZI

**IL FUTURO DEI DIRITTI SOCIALI TRA GARANZIE ESSENZIALI E GARANZIE RAGIONEVOLI** **75**  
CHIARA VALENTINI

**WIVES, MOTHERS AND WORKERS IN AND OUT THE DOMESTIC SPHERE** **105**  
ILARIA BILANCETTI

**CARL SCHMITT E IL NAZISMO: ASCESA E CADUTA DEL *KRONJURIST*** **119**  
FILIPPO RUSCHI

## **LETTURE** **142**

---

***I CONTI CON IL PASSATO*** **143**  
PIETRO COSTA

**CULTURA DEI DIRITTI E LAVORO DELLA MEMORIA. SU *I CONTI CON IL PASSATO* DI PIER PAOLO PORTINARO** **149**  
ILARIA POSSENTI

**NUOVO REALISMO O POPULISMO? SUL *MANIFESTO DEL NUOVO REALISMO* DI MAURIZIO FERRARIS** **155**  
LEONARDO MARCHETTONI



# SAGGI





# **El derecho a la vivienda digna y adecuada.**

## **Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de los principios de la ética del cuidado.**

**Romina Ferman**

### **1. Introducción**

En el presente trabajo se realizará un análisis de la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en materia de emergencia habitacional en la Ciudad y, particularmente, el alcance que otorga al derecho a la vivienda digna y adecuada.

Se centrará, principalmente, en el análisis de dos casos en los que este Tribunal delimita el alcance del derecho a la vivienda digna y adecuada, y, a la luz de ello, analiza uno de los programas más importantes que forman parte de la política pública del Gobierno de la Ciudad para hacer frente a la emergencia habitacional.<sup>1</sup>

Sustancialmente, el presente trabajo se enfoca en el estudio de algunas de las razones que sirven de fundamentos de la solución arribada. En particular, llama poderosamente la atención y por tanto motiva la realización de este estudio, el hecho de que se incluya en uno de los votos centrales de los casos en análisis una argumentación sobre la concepción social de la propiedad privada y el deber de solidaridad que debería tener como correlato el dictado de una sentencia condenatoria con un alcance mucho más amplio del derecho que se encuentra vulnerado. Además de señalar dicha contradicción, es de destacar que parte de la argumentación que se utiliza está basada en principios de índole religiosa, lo que a su vez requiere hacer algunas consideraciones particulares.

Por ello, se intentará a través de este estudio formular una justificación moral –y fundamentalmente no religiosa– del deber de solidaridad compatible con la noción fuerte de derechos individuales, que sirva a los fines de sustentar los derechos económicos y sociales en general, y particularmente el derecho a la vivienda. Ello, con miras a que una fundamentación robusta de los derechos tenga como correlato una interpretación amplia sobre su alcance.

---

<sup>1</sup> Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en los expedientes N° 6153/08, caso “Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, y expediente N° 6754/09 “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. Ambas resoluciones fueron emitidas el día 12 de mayo de 2010. Como integrante de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, Oficina de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tuve oportunidad de tomar contacto con estos casos, y participar del seguimiento de la acción declarativa mencionada, así como también en las causas vinculadas con la aplicación del antecedente dictado en el caso “Alba Quintana” a otros expedientes vinculados a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este trabajo, en algún sentido, refleja mi experiencia de participación en ambos casos.



## 2. Derecho a la vivienda digna y adecuada en la ciudad de Buenos Aires

El derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Por su parte, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos que garantizan el derecho a la vivienda adecuada. En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)<sup>2</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)<sup>3</sup>; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27. 1)<sup>4</sup>; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 inciso. e.); la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (artículo 14, inciso 2); entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

Al respecto, en 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General 4º sobre derecho a una vivienda adecuada, la que resulta esencial para definir los alcances de este derecho. Concretamente, en su parágrafo 7º establece que: “[e]n opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte...”.

En esta Observación se establecen los parámetros que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. En este sentido, se identifican siete estándares vinculados con el contenido del derecho: a) seguridad jurídica en la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, infraestructura; c) accesibilidad económica; d) habitabilidad; e) accesibilidad física; f) lugar adecuado y, g) adecuación cultural.

La legislación local de la Ciudad de Buenos Aires, a su vez, contiene una protección específica del derecho a la vivienda de sus habitantes, y especialmente de aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social. Así, el artículo 31 garantiza el derecho a la vivienda. Establece: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda

---

<sup>2</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 25, inciso 1 que “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

<sup>3</sup> El artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece al respecto: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

<sup>4</sup> El artículo 27 dispone “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”



## JURA GENTIUM



digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.”

En este marco normativo y frente a la emergencia habitacional de la Ciudad de Buenos Aires, el Gobierno local creó el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle a través del Decreto 690/06, que prevé la entrega de un subsidio a las personas solas o familias que se encuentran en situación de calle disponiendo además una obligación adicional al Gobierno consistente en la orientación de las personas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.<sup>5</sup>

Si bien se trata de la principal política pública destinada a hacer frente a la emergencia habitacional, existen muchos obstáculos en la práctica para su implementación, lo que a su vez se ve agravado por la necesidad de recurrir a la Justicia en los casos concretos por la insuficiencia de los montos del subsidio y el límite temporal que no permiten solucionar, ni siquiera de manera transitoria, la problemática habitacional que motiva el pedido de inclusión al programa.

En las numerosas acciones judiciales que tramitan ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, los/as jueces/zas de las primeras instancias han dictado reiteradas resoluciones condenando al Gobierno a abonar montos de subsidios más acordes a la problemática habitacional de cada familia en particular y a continuar la permanencia en el programa de los peticionantes que así lo requirieron más allá de los límites temporales, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad que motivaron la presentación de la acción judicial.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Buenos Aires se expidió sobre la continuidad del subsidio más allá del límite temporal en los casos donde subsiste la problemática habitacional de los/as peticionantes (Fallos “Barrera”<sup>6</sup> y “Moravito”<sup>7</sup>). Según la doctrina que surge de estos antecedentes, la continuidad del subsidio depende del cumplimiento de los objetivos del programa, entre ellos, la obligación de orientación para la solución a su problemática habitacional, así como también de la observancia de un sistema de prioridades en función el cual la Administración debe probar que el egreso de una familia del programa de emergencia habitacional no se produce por la incorporación de una persona o familia que se encuentra en mejor situación.

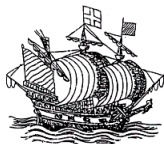
Con posterioridad a esta doctrina, en el año 2008 se aprobó el Decreto N° 960/08 que introdujo diversas modificaciones al Decreto N° 690/06, entre ellas, algunas que implican una regresión en la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada garantizada constitucionalmente. Estas reformas han sido objetadas ante la Justicia

---

<sup>5</sup> Artículo 3, segunda parte del Decreto 690/06, modificado por el Decreto 960/08.

<sup>6</sup> Expediente N° 4757/06 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”. Sentencia del 25 de abril de 2007.

<sup>7</sup> Expediente N° 5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia de 11 de diciembre de 2007.



local en los casos individuales que tramitan ante la primera instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, así como también a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires inició una acción declarativa de inconstitucionalidad para que se declare la invalidez de diversos artículos del Decreto 960/08, que reformó el Decreto 690/06. Esta acción se limitó a cuestionar las normas del Decreto 960/08 que implican una clara regresión en la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada, sin efectuar valoraciones sobre el programa en sí mismo ni sobre sus problemas de implementación.

Este programa preveía originalmente la entrega de subsidios habitacionales, además de la obligación del Gobierno de orientar a las familias para la solución habitacional. Como ya se mencionó, según la jurisprudencia el Superior Tribunal –anterior a la reforma del Decreto- ambas cuestiones se encontraban ligadas. En efecto, la continuidad del subsidio –aún excedidos los plazos previstos por el Decreto 690/06- dependía de, entre otras cuestiones, el cumplimiento de la obligación de orientación en la búsqueda de distintas estrategias de solución habitacional.

Con posterioridad al inicio de la acción se dictó la Resolución 1554/GCBA/MDSGC/08 del Ministerio de Desarrollo Social que, en relación con este punto, creó un Equipo de Seguimiento y Evaluación de sus Beneficiarios que tiene como funciones asesorar y orientar a pedido expreso del peticionante sobre las alternativas habitacionales existentes a fin de superar la emergencia, evaluando además aspectos de trascendencia para el ingreso y permanencia en el programa. En función de ello, el Superior Tribunal, por voto mayoritario, rechazó el planteo de inconstitucionalidad por considerar que es posible una interpretación de la normativa actual que permita concluir que la obligación de brindar asesoramiento para una solución habitacional definitiva sigue vigente.

También a través de la reforma se excluyó como población destinataria a las personas solas o familias que se encontraban en inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas, exigiendo para el acceso al programa la situación de calle efectiva y comprobable. Ello, sin que el Gobierno haya puesto en funcionamiento otro tipo de asistencia para quienes quedarían excluidos del subsidio, dejándolos librados al azar, lo que fortalece aún más el criterio regresivo de esta norma.

La norma incorporada al Anexo de la Resolución 1554 prohibía, consistentemente con el Decreto 960, percibir un subsidio a las familias o personas que se encuentren en riesgo de ser desalojadas, o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle.

El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la reforma cuestionada e invalidó la resolución reglamentaria sobre este punto. La reinstalación de la normativa original implicaba que las personas que se encontraban en riesgo de quedar en situación de calle deban ser incorporadas de manera inmediata al programa habitacional en análisis, actuando el Estado de una manera preventiva para evitar el daño. Sin embargo, el Gobierno dictó el Decreto 167/11 que, a pesar de la sentencia del Tribunal Superior, restringe nuevamente la protección del derecho a la vivienda de las personas que se encuentran en inminente situación de calle.

También el Decreto 690/06 –versión original- disponía que el subsidio podía ser destinado a cubrir toda índole de gastos emergentes como el pago de un crédito



hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o de cualquier otra solución habitacional definitiva. A través de la reforma, sólo se podía utilizar para gastos de alojamiento, y, excepcionalmente, para la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, previo dictamen favorable del área técnica y sólo disponiendo la posibilidad de pago único. Al respecto, el Tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la reforma referida al destino del subsidio habitacional. También invalidó la disposición reglamentaria correspondiente prevista en la Resolución 1554.

Finalmente, también se cuestionó en la acción judicial un aumento del requisito de residencia de un año a dos, lo que deja automáticamente excluidos de la asistencia a todos aquellos que, detentando la calidad de residentes por un año (y por lo tanto alcanzados por el anterior decreto), no puedan acreditar un período de dos. El Tribunal rechazó – en un fallo también dividido en este aspecto – el planteo de inconstitucionalidad vinculado a la ampliación del plazo de residencia como requisito de acceso al programa.

### **3. Marco teórico que sustenta la sentencia**

Más allá de la resolución concreta de los puntos sometidos a resolución judicial, donde se invalidan algunas de las normas cuestionadas por inconstitucionales como la que requería la situación de calle efectiva o la que limitaba el destino de los fondos, y se aclara la vigencia de la obligación de brindar orientación para la solución habitacional, lo cierto es que en la sentencia se incluyen de diversos modos marcos teóricos conceptuales sumamente cuestionables.

Al respecto, es de destacar que en los votos mayoritarios se remite principalmente a la argumentación sostenida por el mismo Tribunal en el caso “Alba Quintana”, en el que se delimita el alcance del derecho a la vivienda digna y adecuada según la visión de cada uno de los/as magistrados/as sentenciantes.

En el caso “Alba Quintana”, sentencia que el Tribunal dictó en el mismo día en que resolvió la acción declarativa, se dispone sustancialmente –por mayoría– que no resulta inconstitucional el carácter temporal del subsidio ni la existencia de topes en los importes, por entender que el otorgamiento del subsidio excede la obligación del Estado de garantizar el piso mínimo de protección del derecho a la vivienda, para cuyo cumplimiento resulta suficiente que el Gobierno brinde abrigo a través de programas como, por ejemplo, paradores y hogares de tránsito.

Así, se afirmó que: 1. El derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda. 2. Los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. 3. Quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por



la obligación de brindar “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC).<sup>8</sup>

Esta resolución motivó la presentación de un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte de la Defensoría General Ciudad de Buenos Aires. Dado que esta doctrina se aplicó en casos posteriores, tanto la Asesoría General Tutelar en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como los letrados patrocinantes en cada caso –mayoritariamente la Defensoría General– presentaron también los recursos extraordinarios federales correspondientes. En todos estos casos, se plantea la vulneración a la normativa constitucional, a los tratados internacionales de derechos humanos y la doctrina internacional sobre el alcance de estos, por la particular afectación del derecho a la vivienda digna y adecuada, y la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>9</sup>

Muchos aspectos del marco teórico que – en su mayoría – utiliza el Tribunal Superior para justificar la decisión tomada en el caso “Alba Quintana”, y que a su vez se incluyen en la sentencia dictada en la acción declarativa de inconstitucionalidad mencionada, son cuestionables.<sup>10</sup> Además resultaba innecesaria la remisión a dicho antecedente dado que en la acción declarativa de inconstitucionalidad sólo se requería la revisión judicial de la política pública en materia de vivienda a la luz del principio de progresividad y no regresividad.

Es de destacar que si bien el Tribunal reconoce la obligación del Estado de garantizar el piso mínimo de protección del derecho a la vivienda, lo cierto es que establece un límite difícil de justificar, en tanto entiende que éste se garantiza a través de programas del Gobierno que sólo brindan abrigo o simplemente un techo, por ejemplo, paradores y hogares de tránsito.

Parece difícil entender cómo el Tribunal llega a la conclusión de que se garantiza el derecho a la vivienda a través de programas que nada tienen que ver con el otorgamiento de una vivienda a los interesados. Ofrecer un techo no es otorgar una vivienda, mucho menos con los límites que tienen los programas a los que se refiere.

En efecto, los paradores nocturnos y hogares de tránsito – ejemplos señalados en la sentencia – ofrecen sólo un lugar donde dormir.<sup>11</sup> No pueden ser considerados como un medio a través del cual la Ciudad de Buenos Aires cumple con su obligación de garantizar un piso mínimo del derecho a la vivienda adecuada y digna. Dichos programas no incorporan en ningún grado las características constitutivas del derecho a la vivienda adecuada y digna establecidas por el Comité de Derechos Económicos,

---

<sup>8</sup> Caso “Alba Quintana”, voto de los jueces Conde y Lozano, punto 15.

<sup>9</sup> El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires declaró inadmisibles por razones formales los recursos presentados, frente a lo cual se interpusieron los correspondientes recursos de hecho que actualmente tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>10</sup> Sobre este punto, me remito a los artículos incluidos en *El derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas públicas*, Asesoría General Tutelar, Colección: “De incapaces a sujetos de Derechos”, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

<sup>11</sup> Para un análisis más detallado de los programas de paradores y hogares de tránsito remito al documento elaborado por Albertina Maranzana, “El rol del Poder Ejecutivo en el diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Análisis de los dispositivos de emergencia habitacional local como caso de estudio”: [http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/AGT\\_DT7\\_0.pdf](http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/AGT_DT7_0.pdf).





Sociales y Culturales.<sup>12</sup> Como ya se mencionó, el derecho que se encuentra garantizado constitucionalmente es el derecho a la vivienda digna y adecuada, que según la doctrina internacional, requiere entre tantas otras cosas una seguridad en la tenencia.

Además de ello, los paradores y hogares de tránsito, en su mayoría, no respetan el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar dado que dividen a los integrantes de una misma familia en función de su género y edad y cierran sus puertas durante largas horas, lo que implica una vulneración al derecho a la convivencia familiar enunciado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y desarrollado ampliamente en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Es de destacar que el único parador que admite a las familias de manera integral se encuentra cuestionado judicialmente, en virtud de un amparo presentado ante la Justicia contenciosa de la Ciudad de Buenos, donde se impugnan las condiciones indignas que padecen las personas que habitan estos espacios.<sup>13</sup>

Es en consecuencia inadmisibles que el Tribunal Superior de Justicia entienda que se garantiza el piso mínimo del derecho a la vivienda a través de estos programas. Sin embargo, parece más cuestionable aún que para llegar a esta conclusión se parta de una justificación que podría llevar a la solución exactamente contraria a la arribada en el caso Alba Quintana. Particular relevancia tiene el voto emitido por el Dr. José Osvaldo Casás en la acción declarativa – al que adhiere el Dr. Luis Francisco Lozano – en tanto no sólo realiza un análisis interesante sobre el derecho a la propiedad y sus límites, sino que además justifica su posición a través de la existencia de un “deber de solidaridad” que considera relevante como fundamento de los derechos sociales. Sin embargo, la concepción social de la propiedad privada y el deber de solidaridad que menciona expresamente en la argumentación que funda su voto no se condicen con la conclusión a la que llega en el caso Alba Quintana, donde debería, según sus fundamentos, sostener un alcance más amplio del derecho a la vivienda y las obligaciones que como mínimo competen a los Estados.

Por ello, a pesar de no coincidir con la solución arribada en el caso “Alba Quintana”, en este documento se hará un análisis sobre este punto de la resolución, dado que resulta interesante la inclusión de fundamentos de derechos sociales a través de principios como la solidaridad.

#### **4. Deber de solidaridad como fundamento de derechos sociales**

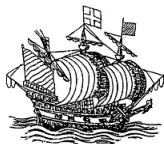
Como se mencionó en el apartado anterior, el Dr. José Osvaldo Casás, junto con el Dr. Lozano, realiza consideraciones interesantes sobre los fundamentos de los derechos.

En este sentido, comienza el apartado correspondiente – entre otras – con las siguientes preguntas “¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a una vivienda digna”? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos

---

<sup>12</sup> Observación General 4 sobre derecho a una vivienda adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>13</sup> EXP 41205/0 “Asesoría Tutelar N° 1 fuero CAYT y Otros c/ GCBA sobre Amparo (ART. 14 CCABA)” en trámite ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.



## JURA GENTIUM



de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación?...”.

Luego afirma que si bien el derecho a la vivienda no se puede identificar de manera lineal con el derecho de propiedad, igual debe partirse de una visión acerca de su reconocimiento constitucional (artículo 31 de la Constitución local) que desde su punto de vista remite a algo más que a la necesidad de vivir bajo un techo. Como explicación de ello, hace propias las palabras de S.S. Juan Pablo II en tanto afirmó: “Porque en una realidad donde emergen nuevas formas de pobreza, aquellos que no tienen casa constituyen una categoría de pobres todavía más pobres, que nosotros debemos ayudar, convencidos como lo estamos, de que una casa es mucho más que un simple techo, y que allí donde el hombre realiza y vive su propia vida, construye también, de alguna manera, su identidad más profunda y sus relaciones con los otros”.<sup>14</sup>

Por ello concluye que el derecho a la vivienda en el contexto normativo que también propone el Estado Social de Derecho se vincula de manera estrecha con el goce de otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio define si una persona se encuentra en condiciones de optar libremente por un propio plan de vida a partir del respeto del principio de autonomía personal.

Luego de estas apreciaciones, analiza el derecho a la propiedad privada y, siguiendo a Carlos Nino, afirma que éste se encuentra moralmente justificado bajo ciertas condiciones. Cita a Nino en cuanto sostiene “...la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de las personas y la necesidad de controlar individualmente ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal, ya que sin tal control sería imposible la elección y materialización de planes de vida en términos de libre albedrío, por cuanto la capacidad de elegir no depende solamente de condiciones psicológicas y físicas sino, también, de la disponibilidad de recursos materiales que permitan ejercitar las preferencias de los individuos en el mundo exterior”. Por ello, concluye el autor que: “Una democracia de propietarios – como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida – requiere generalizar las condiciones de acceso a esa propiedad y la mejor forma de proveer tales condiciones de modo que sea compatible con la libertad individual es a través de un sistema de impuestos progresivos”. Luego de ello, desarrolla el magistrado su postura sobre la función social de la propiedad privada, y cita las normas constitucionales que justifican su posición.

Posteriormente, considera que esta línea de pensamiento se encuentra abastecida por los principios de la Doctrina Social de la Iglesia sobre la necesidad de difundir la propiedad privada y de realizar una política económica y social que facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de bienes como la vivienda.<sup>15</sup> Agrega una explicación también religiosa sobre la propiedad privada y el destino universal de los bienes, por la que se afirma que el hombre, usando estos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los

---

<sup>14</sup> Según cita el magistrado, se trata de palabras contenidas en la carta que, con fecha 8 de diciembre de 1987, remitiera al Presidente de la Pontificia Comisión *Iustitia et Pax*, con ocasión del *Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar*, establecido por las Naciones Unidas en el año 1987.

<sup>15</sup> Remite a la encíclica *Mater et Magistra*, emitida por S.S. Juan XXIII en Roma, el 15 de mayo de 1961.





demás, destacando que la propiedad privada tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes.<sup>16</sup> Realiza además referencias explícitas al mandato divino sobre la tierra y sus frutos, para justificar su carácter común, y la no exclusión de nadie ni el privilegio de ninguno.

Afirma finalmente el magistrado que, dado que corresponde a los poderes políticos la elección de las fuentes que generen el máximo de los recursos disponibles para atender el derecho a una vivienda digna, quizás desde esos ámbitos podrán explorarse diversas vías para lograr un adecuado financiamiento de los derechos – que menciona como de prestación – a cargo del Estado, lo que a su criterio abarca también la atención de otros muchos derechos, como los relativos a la alimentación, la salud o la educación, sobre la base del deber de solidaridad, de quienes más tenemos a favor de aquellos que integran los sectores más vulnerables de la sociedad.

En consecuencia, parece sugerir que los derechos que menciona como “de prestación” se encuentran sustentados en el deber de solidaridad y en una concepción social de la propiedad privada. Todo ello justificado a partir de, entre otras, consideraciones de índole religiosa.

Sin embargo, esta justificación no puede ser utilizada sin más por un magistrado judicial en el marco de un Estado respetuoso de la igualdad y la diversidad religiosa. Ello, en razón de que se trata de una resolución judicial que incluye en sus fundamentos razones religiosas que, tal como han sido expresadas, sólo podrían ser alegadas para las personas que profesan esa religión. Además, la inclusión de una religión particular implica una vulneración al respeto que merecen las diversas religiones que se profesan en nuestro país. Es decir, este tipo de argumentación, tal como fue planteada, resulta cuestionable no sólo por no respetar la diversidad religiosa sino también por la utilización de razones que no pueden oponerse a las personas que no profesan la religión particularmente elegida, así como tampoco a los ateos o quienes eligen no tener religión alguna.

Es de destacar que el magistrado no hace un esfuerzo por secularizar las afirmaciones que realiza, lo que a su vez resulta difícil de comprender cuando además estamos frente a un tipo de argumentos sobre los que incluso existe coincidencia con el sustento que suponen muchas de las disposiciones incluidas en los tratados internacionales de derechos humanos, y es posible afirmar que existiría también una adhesión a estas razones por parte de otras religiones diferentes a la citada. Por ello, en este caso incluso hubiera sido deseable que, al menos, se realizara una traducción de este lenguaje para constituir este tipo de argumentación en razones públicas.<sup>17</sup>

Sin perjuicio de ello, es destacable la importancia de la argumentación a favor de la existencia de un deber de solidaridad que sirve de fundamento de los derechos sociales, lo que contribuye a una justificación robusta de los reclamos vinculados a estos derechos no como meras cuestiones de caridad o concesiones no obligatorias sino como exigencias de justicia.

---

<sup>16</sup> Cita a S.S. Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus*, dada en Roma el 1º de mayo de 1991, capítulo IV: “La propiedad privada y el destino universal de los bienes”, pto. 30.

<sup>17</sup> Sobre la necesidad de traducir las razones religiosas a razones públicas, me remito a lo sostenido por Jeremy Waldron, en el texto “Two-Way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation”, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No 10-84, diciembre de 2010: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1708113](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708113).



En este trabajo se explorará una teoría moral en particular, denominada ética del cuidado, con el objeto de realizar una justificación moral no religiosa de este deber de solidaridad, que a su vez resulte compatible con el respeto a los derechos individuales.

## 5. Ética del cuidado y derechos económicos y sociales

La ética del cuidado es una teoría moral diferente a la ética de la justicia. Fue desarrollada por Carol Gilligan, principal exponente del denominado feminismo de la diferencia, rama que ha sido fuertemente cuestionada, incluso desde otras teorías feministas.

Se desarrollarán en este apartado las afirmaciones básicas de esta teoría, así como también se repasarán algunas de las críticas intentando dar respuestas a los problemas que presentan. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que a partir de las observaciones de Carol Gilligan, es posible cuestionar todo el sistema de valores que se denomina como ética de la justicia, y, particularmente, criticar fuertemente al derecho y, por consiguiente, a las instituciones que contiene. Como se verá a continuación, no es éste el camino que se pretende seguir. La idea es intentar compatibilizar los valores relacionados con la ética del cuidado y el lenguaje de los derechos.

En esta tarea es probable que corra el riesgo de apartarme de lo que tradicionalmente se entiende por “ética del cuidado”. Por ello es necesario aclarar que no se pretende hacer una defensa de la ética del cuidado sino más bien explorar esta propuesta a los fines de evaluar si es posible extraer valores que, como complementarios de los de la ética de la justicia, sirvan a los fines de justificar derechos, y en particular, los derechos económicos y sociales como el derecho a la vivienda digna y adecuada.

### a) Gilligan y la ética del cuidado

A partir de diversos estudios, Carol Gilligan desarrolló la teoría moral denominada ética del cuidado.<sup>18</sup> Esta autora tomó como punto de partida una teoría influyente en materia de pensamiento moral elaborada por Lawrence Kohlberg en los años ochenta. Este autor diseñó un modelo que diferencia seis etapas del desarrollo moral al que le corresponde tres niveles distintos de razonamiento moral. A pesar de que efectuó su análisis únicamente con varones como objeto de estudio, concluye el autor que las mujeres sólo avanzan en el desarrollo moral hasta las etapas intermedias sin poder entonces alcanzar el desarrollo moral completo.

Gilligan cuestiona la teoría de Kohlberg por tomar la voz masculina como norma, y considerar que el modo de razonar de las mujeres es inferior y responde a una deficiencia en su desarrollo femenino, y dado que no se incluyeron mujeres en la investigación anterior, efectúa un estudio sobre el razonamiento moral de las mujeres tomando sus voces junto a las de los varones. En este análisis muestra que las voces de las mujeres son diferentes, y desarrolla la ética del cuidado, como una teoría alternativa de la ética de la justicia.

Aclara Gilligan que la voz distinta no se caracteriza por el sexo sino por el tema. Sostiene que su “asociación con las mujeres es una observación empírica, y seguiré su

---

<sup>18</sup> C. Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; trad. esp: *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.



desarrollo básicamente en las voces de las mujeres. Pero esta asociación no es absoluta; y los contrastes entre las voces masculinas y femeninas se presentan aquí para poner de relieve una distinción entre dos modos de pensamiento y para enfocar un problema de interpretación, más que para representar una generalización acerca de uno u otro sexo”<sup>19</sup>.

En este estudio, Gilligan cita las observaciones efectuadas por Nancy Chodorow sobre el desarrollo de las mujeres en tanto considera que la reproducción humana genera diferencias que caracterizan la personalidad y los papeles masculinos y femeninos, y atribuye estas diferencias no a cuestiones de anatomía sino al hecho de que las mujeres, universalmente, son responsables en gran parte del cuidado de los recién nacidos.

Como resultado de ello, afirma que, en cualquier sociedad, la personalidad femenina llega a definirse en relación y conexión con otras personas más de lo que suele hacerlo la personalidad masculina. Ello porque para ambos sexos los cuidados durante los primeros años de la vida típicamente corren por cuenta de la mujer, por lo que la dinámica interpersonal de formación de identidad de los sexos es distinta para niños y niñas. Sostiene Gilligan que la formación de las niñas ocurre en el marco de una relación ya que las madres tienden a experimentar a sus hijas como más semejantes a ellas, como una continuación de sí mismas. De esta manera, las niñas se perciben como similares a sus madres, fundiendo así la experiencia del apego con el proceso de formación de la identidad. Las madres experimentan con sus hijos como opuestos masculinos, y los niños, al definirse como varones, separan a sus madres de sí mismos, cortando así su amor primario y su sentido de nexo empático.

Concluye Gilligan que para los niños y hombres, la separación y la individualización están críticamente ligadas a la identidad sexual, ya que la separación de la madre es esencial para el desarrollo de la virilidad. Para las niñas y mujeres, las cuestiones de la femineidad o de la identidad femenina no dependen de lograr la separación de la madre ni el progreso de la individualización. Dado que la virilidad es definida por medio de la separación, mientras que la femineidad es definida por el apego, la identidad sexual varonil se ve amenazada por la intimidad, mientras que la identidad del sexo femenino por la separación.

A partir de diversas entrevistas realizadas a mujeres y varones vinculadas a la resolución de problemas morales, afirma que el razonamiento moral de las mujeres es diferente. Para ellas, el problema moral surge de responsabilidades en conflicto y no de derechos competitivos. Para la resolución de los problemas morales, las mujeres utilizan un modo de pensar contextual y narrativo, en lugar de formal y abstracto.

Según Gilligan, esta concepción moral preocupada por la actividad de cuidado, centra el desarrollo moral en torno al entendimiento de la responsabilidad y las relaciones, así como la concepción de moralidad como imparcialidad une el desarrollo moral al entendimiento de las reglas.

Ambas morales son disímiles. La moral de derechos, a diferencia de la moral de la responsabilidad, hace hincapié en la separación y no en la conexión, en su consideración del individuo y no en la relación como fundamental. Sobre un caso en particular, manifiesta que “Mientras que los sujetos de Kohlberg se preocupan por las personas que

---

<sup>19</sup> C. Gilligan, *ob.cit.*, p. 14.



invaden los derechos de los demás, esta mujer se preocupa por la posibilidad de omisión, de no ayudar a otros cuando podríamos ayudarlos”.<sup>20</sup>

Como ya se mencionó, la autora entiende que la forma de razonar de las mujeres es contextual, lo que permite el entendimiento de la causa y las consecuencias que despierta compasión y tolerancia. Además, este modo de razonamiento, al dar sustancia a las vidas de las personas hipotéticas, hace posible considerar la injusticia social que sus problemas morales puedan reflejar e imaginar el sufrimiento individual que su aparición puede significar, o su resolución engendrar.

Como resultado de sus observaciones, Gilligan afirma que “El imperativo moral que surge repetidas veces en las entrevistas con mujeres es un mandamiento de atención y cuidado, una responsabilidad de discernir y aliviar las dificultades auténticas y reconciliables de este mundo. Para los hombres, el imperativo moral parece, antes bien, un mandamiento de respetar los derechos de los demás y, así, de proteger de toda intrusión los derechos a la vida y la autorrealización.”<sup>21</sup>

### **b) Análisis de algunas de las críticas**

Esta teoría de Gilligan ha sido criticada, especialmente desde otras ramas del feminismo. Entre las objeciones más fuertes, podemos encontrar la que le imputa volver a un esencialismo del que muchas de las teorías feministas pretenden salir, en razón de que hace hincapié en el pensamiento moral de “las mujeres”. También se sostiene que estos valores no son homogéneos ni uniformes. Por otra parte, se cuestiona que no tiene en cuenta que los valores expresados por las mujeres son generados en sociedades patriarcales, es decir, son fruto de la opresión.

Si bien estas críticas parecen contradictorias, dado que si los valores son construidos socialmente por el rol al que son relegadas las mujeres, entonces no hay un esencialismo de género, lo cierto es que ambas cuestiones son atendibles.

Empezando por la segunda crítica, es necesario advertir que esta posición implica que si se hubiera relegado a otro grupo social a las mismas condiciones, terminarían adhiriendo a los mismos valores. Esto ocurriría respecto de cualquier otro grupo desaventajado.

De hecho, parece que esta probabilidad se refleja en la realidad de muchos grupos excluidos. Al respecto, Joan C. Tronto, en un texto crítico a la ética del cuidado, advierte que las perspectivas sobre la moralidad de miembros de los grupos minoritarios en los Estados Unidos suelen ser caracterizadas por una ética del cuidado y no una ética de la justicia.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> C. Gilligan, *ob.cit.*, pp. 46-47.

<sup>21</sup> C. Gilligan, *ob.cit.*, p. 166.

<sup>22</sup> Afirma Tronto que “Por ejemplo, las discusiones que Robert Coles condujo con niños chicanos, esquimales e indios mostraron frecuentemente críticas a los anglos por su falta de atención a los asuntos morales verdaderamente importantes y al cuidado de los demás y de la tierra. De modo parecido, en su representación de lo esencial de la cultura negra, John Langston Gwaltney muestra que los negros frecuentemente explicitan el mismo tipo de problemas morales. Lo esencial de la cultura negra, según Gwaltney, es que enfatiza el respeto fundamental por los otros, un compromiso con la honestidad, la generosidad motivada por el conocimiento de que se puede necesitar la ayuda de los otros en el futuro, y el respeto por las decisiones de los demás.” Cfr. J. C. Tronto, “Más allá de la diferencia de género. Hacia una teoría del cuidado”, en *Jornal of Women in Culture and Society*, 12 (1987); trad. esp. del Programa de Democratización de las Relaciones Sociales, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de General San Martín, p. 6.



El hecho de que se trate de valores construidos por grupos desaventajados socialmente o víctimas de la opresión no necesariamente implica que sean valores que deban ser rechazados. Tampoco deberían serlo por tratarse de valores propios de las mujeres. Independientemente de su origen, podrían ser importantes aportes a las teorías morales y, en particular, a los fundamentos de los derechos.

Es por esta razón que no se dará relevancia a la posible crítica basada en el esencialismo de género. No se pretende sostener que el modo de razonar de las mujeres es distinto, superior o inferior al de los varones, este punto no es relevante en este estudio.

El análisis que se pretende efectuar prescinde de consideraciones respecto del origen de los valores que surgen de la ética del cuidado porque lo relevante es si estos valores pueden sustentar teorías morales diversas –y quizás complementarias- de las tradicionales, y cuál puede ser su función en la justificación de los derechos.

Para esta tarea, es necesario analizar otro tipo de críticas que se formulan a la ética del cuidado, más relacionados con preguntas tales como si esta teoría puede establecer principios y, en su caso, cuál es el alcance de estos. Para este análisis, tomaré como base las objeciones enunciadas por George Sher.<sup>23</sup>

Este autor destaca que Gilligan elabora su teoría con las siguientes bases: la moral de las mujeres es concreta y contextual; no está basada en principios; no es impersonal; se funda en pensamientos de cuidado más que en conciencia del deber; y está estructurada sobre la base de la responsabilidad más que sobre los derechos. Esta caracterización de la teoría de Gilligan es fundamental para entender las objeciones que este autor desarrolla.

Uno de los fundamentos de los que parte Sher para criticar, en general, la teoría de Gilligan, es que divide el modo de razonar de las mujeres y de los varones. En este sentido, en muchos de sus comentarios se pueden advertir referencias a la falta de datos o información relevante para determinar que, por ejemplo, los varones no pueden razonar de manera contextual como lo hacen las mujeres, o que no está probado que todas las mujeres razonan de este modo.

No me detendré a analizar estas objeciones porque, como ya se mencionó, no se pretende comparar el modo de razonar de las mujeres y de los varones, ni evaluar si los descubrimientos de Gilligan responden a la totalidad del grupo “mujeres”. Por el contrario, ambas cuestiones son explícitamente descartadas del presente estudio, que consiste en evaluar los valores sustentados por la ética del cuidado, aún en el caso en que no sea posible probar el origen común de estos valores.

Respecto de la oposición entre la abstracción y la aplicación al contexto, el problema principal que señala Sher es que esta teoría no dice qué cuestiones son relevantes. Advierte que muchas teorías morales atienden al contexto por lo que esta característica de la ética del cuidado no es cuestionable por sí misma. En realidad, el problema consiste en identificar qué aspectos del contexto son pertinentes para una decisión moral.

La cuestión, entonces, consiste en determinar si las decisiones morales se deben tomar atendiendo únicamente al contexto o si deben estar basadas en un contexto más general, esto es, fundadas en principios morales. En este sentido, las decisiones morales

---

<sup>23</sup> G. Sher, “Other Voices, Other Rooms? Women's Psychology and Moral Theory”, en J.R. Di Leo, *Morality Matters: Race, Class, and Gender in Applied Ethics*, Boston, McGraw Hill, 2002, pp. 593 y ss.





## JURA GENTIUM



basadas en principios muestran que las razones que existen para que una persona X haga Z, dan similares deberes por iguales razones para otra persona Y, o la misma persona X en otro momento determinado.

Según Sher, los estudios de Gilligan pueden reflejar que las decisiones de las mujeres no están a menudo respaldadas por principios universales. Siendo así, estos resultados pueden parecer un punto de partida hacia una nueva mirada sobre la constitución de las razones morales.<sup>24</sup>

Afirma el autor que las mujeres, además, representan los dilemas morales como problemas de balance de las necesidades de los individuos específicos (quienes en algún momento, pero no siempre, se incluyen a sí mismas).

Estas características que el autor atribuye a la ética del cuidado son centrales en las críticas que formula a la teoría de Gilligan. Según esta visión, al carecer de principios, esta teoría no puede establecer pautas morales, y mucho menos aplicables a las personas con las que no tenemos directamente relaciones personales.

Según Sher, una teoría moral como ésta podría significar una alternativa interesante, pero así descripta, es susceptible de numerosas críticas.

En primer lugar, sostiene Sher que dado el carácter único e irrepetible de la naturaleza de las relaciones personales, los deberes que imponen deben ser aplicados sólo a estas personas. Aún quienes se encuentren en situaciones similares pueden no estar sujetas a iguales deberes porque las características de las relaciones personales pueden ser diversas.

Este autor advierte que el problema se presenta porque en muchos casos los deberes de las relaciones personales son incompatibles con los deberes que surgen a partir de ciertos principios impersonales. Ante esta situación, si existe una hegemonía de la moral de los principios, entonces la teoría de Gilligan no proporciona una alternativa.

La cuestión central, para Sher, es de justificación. Sostiene que tanto las teorías deontológicas como las consecuencialistas pretenden justificar sus principios a partir de perspectivas abstractas y generales.

Se pregunta al respecto si la impersonalidad de los enfoques de justificación tradicionales excluye la justificación de principios que cuenten con exigencias basadas en relaciones personales. Para contestar esta cuestión, toma como ejemplo el contrato hipotético de Rawls, sosteniendo que las personas podrían acordar principios que prescriban el cumplimiento de los deberes que surjan de las relaciones personales. Esta parcialidad, según el autor, debe ser tomada de manera imparcial, es decir, lo relevante sería si los principios que permiten u obligan esta parcialidad o atención a las relaciones personales, lo hacen de manera imparcial, es decir, respecto de todas las personas a las que se aplican. Afirma al respecto que no hay ninguna razón obvia para que tales principios no puedan ser elegidos por los contratantes incluso ignorando las particularidades de sus vidas.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Nuevamente el autor destaca que no es posible dar por probado que las mujeres generalmente no actúan sobre la base de principios. Esta observación no será analizada por las razones expresadas anteriormente. G. Sher, *ob. cit.*, p. 598.

<sup>25</sup> G. Sher, *ob. cit.*, pp. 601-602. Sin perjuicio de lo mencionado, la teoría de Rawls fue criticada desde diversos aspectos por las distintas teorías feministas. En este sentido, Marta Nussbaum describe este debate. Si bien estas discusiones exceden el marco de este trabajo, sólo una cuestión debería al menos ser advertida respecto de la posición originaria descrita por Rawls. Al respecto, tal como sostiene Nussbaum, las personas en la posición original son auto-interesadas, mutuamente desinteresadas, y



Sher se pregunta si se pueden elegir principios que ajusten deberes y obligaciones a las demandas basadas en las relaciones personales. Entiende que esto último sólo es plausible si las demandas de las relaciones personales son de por sí suficientemente convincentes como para justificar la descripción de las exigencias morales. La cuestión es entonces qué deberían elegir los contratantes si asumen que las demandas de las relaciones personales son así de concluyentes.

En estos términos, sostiene el autor que los contratantes pueden tener buenas razones para elegir principios que confluyan lo menos posible con las demandas de las relaciones personales, teniendo en cuenta que estas demandas pueden ser vistas como exigencias morales. Para ello, como mínimo estas demandas tendrían que ser tan urgentes que las personas no puedan violarlas sin al mismo tiempo violar sus integridades.

Estas demandas entendidas como exigencias morales dictarían respuestas que no serían simplemente opcionales. Se trataría de respuestas adecuadas cuyo incumplimiento tendría que ser motivo de queja.

Cómo las relaciones personales podrían generar tales demandas es, según Sher, lo difícil de explicar. Pero si las relaciones personales pueden hacerlo, entonces la satisfacción de esas demandas, cuando surgen, deben ellas mismas ser calificadas como adecuadas independientemente de las meras preferencias personales.

Las críticas de Sher hasta aquí mencionadas respecto de la ética del cuidado permiten delinear algunos puntos sobre los cuales pretende basarse este estudio.

Dos cuestiones, hasta aquí, son importantes. La primera se refiere a la posibilidad de afirmar que la ética del cuidado puede establecer principios, y la segunda se relaciona con el ámbito al cual estos principios se deben aplicar.

La crítica de Sher parte de la base de que la ética del cuidado es una teoría moral que carece de principios. Sin embargo, ésta es la descripción que él mismo hace de la teoría de Gilligan, aunque reconoce que se trata de una posible lectura de su obra, la que también puede ser entendida como una teoría basada en principios, aunque no redactados en términos tales como la equidad y la justicia.<sup>26</sup>

A diferencia de lo sostenido por Sher, parece interesante entender los estudios de Gilligan como sustentos de una teoría moral basada en principios diferentes a los tradicionales. Si esto es posible, las críticas –aunque razonables– no son aplicables a la teoría descrita entendida de este modo.

Es posible afirmar que la ética del cuidado puede establecer pautas impersonales en el sentido de que cualquier persona que se encuentre en una situación determinada tiene el deber de actuar de un modo particular. Por ejemplo, la forma en que debe actuar X respecto de Y, siendo que X es familiar directo de Y, es igual al modo de actuar de cualquier persona que esté en la misma relación.

Este modo de entender el problema permite afirmar que aún cuando las pautas se refieran a relaciones personales, pueden hacerlo de manera impersonal, o en algún sentido, universal respecto de todas las personas que se encuentren en iguales circunstancias.

---

desconocen fuertemente los vínculos con los otros. Cabe preguntarse si el hecho de que se trate de personas egoístas y preocupadas por sus intereses personales no implica una concepción moral de las personas que podría condicionar los principios que surgen a partir de esta posición.

<sup>26</sup> G. Sher, *ob. cit.*, nota 6, p. 597.



Sin embargo, la teoría de Gilligan puede ser leída de manera tal que establezca el modo de actuar de las personas no sólo en las relaciones personales sino en aquellas situaciones en las que las relaciones no tienen este carácter.

Visto de este modo, el problema no está dado por la posible contradicción entre los deberes que surgen a partir de ciertos principios impersonales y los referidos a las relaciones personales. El conflicto de valores, si es que existe, se encuentra dentro del ámbito de la moral que actúa respecto de cualquier persona en cualquier situación. En cuanto a la justificación, los principios de la ética del cuidado requerirán una de tipo imparcial como cualquier otra moral.

En esta lectura, lo importante es saber si la ética del cuidado puede establecer principios morales que se apliquen a todo tipo de relaciones.

La posibilidad de esta interpretación no parece extraña a la teoría de Gilligan. El propio Sher aclara, a pie de página, que si Gilligan sostiene que las relaciones personales son importantes porque proporcionan una suerte de conocimiento que puede guiar y uniformar nuestras relaciones con los extraños, algunas de sus objeciones no le son aplicables.<sup>27</sup>

Esto permite sostener que aunque ciertos valores pueden ser advertidos en relaciones personales de manera más evidente, ello no niega la posibilidad de tomar este modelo para fundar una teoría moral que se sustente en la responsabilidad y atención de los otros, entendiendo a los “otros” de una manera impersonal. De este modo, los deberes que tenemos en las relaciones personales servirían como modelo de los que competen a las personas en los espacios impersonales, es decir, las obligaciones que tenemos respecto de los “otros”, entendido de manera amplia.

Esta forma impersonal de tomar a los otros se refiere, como surge con claridad de lo hasta aquí expuesto, al ámbito o alcance de las relaciones. Sin perjuicio de ello, la aclaración es necesaria porque, siguiendo la distinción realiza por Seyla Benhabib, el modo más adecuado de tomar a los otros, es como otro “concreto” y no como otro “generalizado”.<sup>28</sup>

La ética del cuidado, a su vez, da razones para tomar en cuenta al otro “concreto” en lugar del “otro generalizado”, por su particular atención al contexto y a las relaciones.

---

<sup>27</sup> G. Sher, *ob. cit.*, nota 8, p. 599.

<sup>28</sup> Sostiene Benhabib que “El punto del otro generalizado nos exige ver a todos y cada uno de los individuos como seres racionales a los que les corresponden los mismos derechos y deberes que quisiéramos atribuirnos a nosotros. Al asumir este punto de vista, nos abstraemos de la individualidad y la identidad concreta del otro. Damos por supuesto que el otro, igual que nosotros mismos, es un ser que tiene necesidades, deseos y afectos concretos, pero lo que constituye su dignidad moral no es lo que nos diferencia al uno del otro, sino más bien lo que, como agentes hablantes y actuantes racionales, tenemos en común... Las categorías morales que acompañan tales interacciones son las de la justicia, la obligación y el derecho y los sentimientos morales correspondientes son los de respeto, deber, valor y dignidad.” Por su parte, afirma la autora que “El punto de vista del otro concreto, nos hace ver a cada ser racional como un individuo con una historia, identidad y constitución afectivo-emocional concreta. Al asumir este punto de vista nos abstraemos de lo que constituye lo común entre nosotros y nos centramos en la individualidad. Tratamos de entender las necesidades del otro, sus motivaciones, lo que busca y lo que desea... Las categorías morales que acompañan tales interacciones son la responsabilidad, vínculo y deseo de compartir. Los sentimientos morales correspondientes son el amor, cuidado y simpatía y solidaridad.” Sobre esta distinción, la autora critica diversas teorías que se suponen universales como la de Rawls. Cfr. S. Benhabib, *Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York, 1992; trad. esp: *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona, Gédisa, 2006, p. 183.





Este modo de entender al otro respecto del cual debemos atención y cuidado respeta su situación en el contexto determinado en que se encuentra, y, a su vez, no contradice la idea de sostener que la ética del cuidado está basada en principios. En este sentido, el principio general que podría aplicarse es el del respeto, atención y cuidado del otro entendido como una persona que se encuentra en un contexto y en un ámbito de relaciones determinado. La atención al contexto, entonces, funciona como un principio general y abstracto.<sup>29</sup>

Por lo hasta aquí expuesto es posible afirmar que la ética del cuidado puede ser leída como una teoría moral que establece principios morales para todas las relaciones humanas.

Beatriz Kohen delimita las particularidades de la ética del cuidado que sirven de base para establecer cuáles podrían ser estos principios. Estas características son: subjetividad, cuidado, responsabilidad, comunidad, atención, respuesta activa al otro, interdependencia, evitación del daño, y satisfacción de las necesidades de todos. La fuerza motriz es la cooperación, y las aptitudes son la empatía y la capacidad para entablar y sostener relaciones humanas para el cuidado. Los fines morales son la evitación del daño y el mantenimiento de las relaciones. El modo de razonamiento moral es el pensamiento concreto y contextual y la capacidad para pensar en términos de relaciones. El mundo social es visto como una red comunitaria en la que los sujetos son interdependientes, encarnados y situados.<sup>30</sup>

Esta misma autora advierte que la ética de la justicia se caracteriza por valores como la objetividad, autonomía, independencia, no interferencia, justicia, razón, individualidad, libertad e igualdad. La fuerza motriz es la competencia y las aptitudes son la razón, conciencia y aplicación de derechos y normas. Los fines morales son la justicia y el mantenimiento de las reglas, y el modo de razonamiento moral el pensamiento abstracto, formal y objetivo y la capacidad de pensar en términos de jerarquía de derechos. En este caso, el mundo social es considerado desde la perspectiva de los individuos separados, autónomos, desencarnados, no situados.<sup>31</sup>

Delineadas las características de la ética del cuidado, y sobre la base de éstas, es posible advertir principios diferentes a los sustentados por la ética de justicia. Esto requiere, tal como advierte Kohen, partir de una visión del mundo como una red comunitaria y entender a los sujetos como interdependientes, encarnados y situados. La ética del cuidado se basa en el entendimiento de la responsabilidad y las relaciones, la atención, cuidado y respuesta a las necesidades del otro. La atención al contexto es esencial para esta teoría.

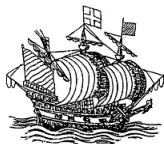
Tomar a la ética del cuidado como una teoría moral en estos términos no implica excluir los principios que surgen de la ética de la justicia. Por el contrario, la ética del cuidado puede complementar a la de la justicia, dado que se trata de teorías morales no incompatibles. Claro está que en muchos casos concretos los principios pueden entrar

---

<sup>29</sup> La propia Benhabib analiza los descubrimientos de Gilligan concluyendo que el desafío permanente que estos presentan sobre las filosofías morales universalistas es cómo reconocer la importancia de la justicia al mismo tiempo que el cuidado en las vidas humanas y cómo expandir el dominio de la moral de forma que incluya consideraciones acerca del cuidado sin abandonar las restricciones justificativas impuestas por el universalismo sobre la articulación de la moral. Cfr. S. Benhabib, *ob. cit.*, p. 216.

<sup>30</sup> B. Kohen, "Ciudadanía y ética del cuidado", en E. Carrió y D. Mafía (comps.), *Búsquedas de sentido para una nueva política*, Buenos Aires, Paidós, 2005.

<sup>31</sup> B. Kohen, *ob. cit.*, pp. 187-188.



en conflicto, pero esto no surge únicamente del hecho de unir ambas concepciones morales, dado que ocurre en el ámbito propio de cualquiera de estas – u otras – teorías morales.

En este sentido, es importante señalar que la propia Gilligan sostiene que la ética de la justicia y la ética del cuidado son complementarias. Es más, afirma que ambas están conectadas. En este sentido asevera que “Mientras que una ética de la justicia procede de la premisa de igualdad – que todos deben ser tratados igualmente- una ética del cuidado se apoya en la premisa de la no violencia, que no se debe dañar a nadie. En la representación de la madurez, ambas perspectivas convergen en la constatación de que así como la desigualdad afecta adversamente a ambas partes en una relación desigual, así también la violencia es destructiva para todos los participantes. Este diálogo entre imparcialidad y cuidado no sólo nos ofrece un mejor entendimiento de las relaciones entre los sexos, sino que también hace surgir un retrato más complejo de las relaciones adultas, laborales y familiares.”<sup>32</sup>

En igual sentido, Seyla Benhabib sostiene que alcanzamos un sentido coherente de la propia identidad cuando integramos con éxito autonomía y solidaridad, cuando mezclamos adecuadamente justicia y cuidado.<sup>33</sup>

*Por ello, aceptar la posibilidad de que la ética del cuidado pueda ser concebida como una teoría moral en estos términos no implica de ningún modo desplazar los principios de la ética de la justicia.*

La ética del cuidado, entonces, puede ser entendida como una teoría moral que propone principios morales de aplicación a todas las relaciones –tanto personales como impersonales- y que genera derechos de solidaridad, atención y ayuda a los otros. Esto, claro está, no da precisiones respecto de qué tipo de ayuda se debe brindar, ni sobre quienes son los otros para cada una de las personas, es decir, no establece un correlato entre quienes requieren la ayuda y los que están obligados a prestarla. Una relación entre esta teoría y una concepción fuerte de derechos podría arrojar luz sobre estas cuestiones, por lo que a continuación se analizará la relación entre el derecho y la ética del cuidado.

### **c) Compatibilidad entre ética del cuidado y el derecho**

Analizadas algunas de las críticas a esta teoría, corresponde ahora mencionar cuál es el alcance que pretende dársele en este trabajo. En este sentido, es necesario evaluar la posibilidad de entender a la ética del cuidado como una teoría moral que genere derechos individuales exigibles al Estado.

De este modo, teniendo en cuenta esta teoría moral, el Estado debería diseñar sus políticas públicas con especial atención al contexto en que se encuentran las personas a las cuales se le aplicarían, así como también contemplar como relevante para la implementación el impacto que pueden tener sobre la red de relaciones en las que están incorporadas.

Los reclamos en término de derechos no se agotarían entonces en pretensiones individuales sino que deberían resguardarse, a su vez, cuestiones relevantes para las

---

<sup>32</sup> C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 281.

<sup>33</sup> S. Benhabib. *El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista*, citado en J. Gonzáles Amuchastegui, *Mujer y Derechos Humanos: Concepto y fundamento*, p. 15 (<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Gonzales1.pdf>).



relaciones interpersonales. De este modo, el derecho a la vivienda es un buen ejemplo para entender la dinámica que podría incluir una teoría moral como la ética del cuidado, en tanto no se agota con el hecho de que se le garantice un “techo” a la persona, sino que debemos tener presente, por ejemplo, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar, que supone entender las relaciones personales que son relevantes a la hora de efectivizar derechos individuales.

Ahora bien, traducir la ética del cuidado en términos de principios como los mencionados puede ser problemático en sí mismo. Tal como advierte Sher, esta conclusión responde a las premisas de que la moralidad fundamentalmente es una cuestión de lo que debemos a otras personas. Esto presupone que principios morales genuinos deben especificar derechos de la gente. Sin embargo, advierte que, según Gilligan, esta preocupación por los derechos más que por las responsabilidades es una típica construcción masculina. Por lo tanto, puede parecer ilegítimo sostener que sólo las demandas que especifican respuestas debidas pueden ser calificadas como morales.<sup>34</sup>

En esta instancia, resulta fundamental estudiar la posición de Gilligan respecto de la concepción de los derechos, dado que la misma autora sostiene la incompatibilidad entre la ética del cuidado y los derechos.

Gilligan afirma que la separación queda justificada por una ética de derechos, mientras que el apego es apoyado por una ética del cuidado y la atención. Entiende que la moralidad de los derechos se basa en la igualdad y se centra en la comprensión de la imparcialidad, mientras que la ética de la responsabilidad se basa en el concepto de igualdad y el reconocimiento de las diferencias de necesidad.

Afirma que mientras la moral de derechos disuelve los vínculos naturales para apoyar las pretensiones individuales, la moral de responsabilidad ata tales reclamos en una urdimbre de relaciones, borrando la distinción entre el Yo y el otro mediante la representación de su interdependencia. Según esta autora, el problema de la independencia que amenaza con interrumpir la cadena de relaciones es compensado y superado por consideraciones de responsabilidad.

Siguiendo estas consideraciones, Gilligan observa que la equiparación de la moral con el respeto a los derechos pone restricciones a la responsabilidad al limitar el deber de la reciprocidad a no intervención, mientras que la responsabilidad incluye el Yo y los otros, considerados como distintos pero conectados, y no separados y opuestos. Esta cognición de reciprocidad, en el caso particular que analiza, implica que “todos tenemos responsabilidades, hasta cierto grado, de cuidar a los otros.”<sup>35</sup> Así “...el concepto de cuidado y atención se extiende: de la paralizadora orden de no dañar a los demás, a un mandamiento de actuar responsablemente hacia el Yo y hacia los otros, y así, sostener la conexión.”<sup>36</sup>

Ante estas objeciones es posible preguntarse qué concepción de los derechos está implícita en las afirmaciones de Gilligan, toda vez que supone que los derechos, en general, sólo imponen deberes de no intervención, y no responsabilidades.

Esta crítica sólo alcanza a aquellas concepciones de los derechos basadas únicamente en una visión negativa, como la que sostienen los liberales conservadores. Tal como expresa Roberto Gargarella: “Afirmar que los derechos son sólo negativos implica creer

---

<sup>34</sup> G. Sher, *ob. cit.*, p. 603.

<sup>35</sup> C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 239.

<sup>36</sup> C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 243.



exclusivamente en los derechos de no interferencia – derechos a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término – y a la vez rechazar la existencia de derechos positivos, esto es, derechos a que los otros me asistan en algunas necesidades básicas – derecho a que me provean de lo que necesito para vivir. Los únicos derechos positivos concebibles [para los liberales conservadores como Nozick] son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas (como los que aparecen cuando contrato cierto servicio asistencial).”<sup>37</sup>

Los liberales igualitarios, en cambio, aceptan una visión positiva de los derechos, lo que a su vez implica una concepción más amplia de los deberes de los Estados, los que no sólo no deben interferir en el ejercicio sino que, además, deben garantizarlos, en consecuencia, deben contribuir al bienestar de los otros a través de las políticas públicas correspondientes.

Esta advertencia respecto de que las críticas a los derechos efectuada por Gilligan sólo alcanza a las concepciones liberales conservadoras, fue destacada por autores como Will Kymlicka<sup>38</sup> y Susan Moller Okin.<sup>39</sup>

Es por ello que la noción de derechos en sí misma no es un obstáculo para la ética del cuidado, porque concepciones más igualitarias permiten entender a las personas de manera bastante similar al modo en que lo hace esta teoría moral.

En este sentido, siguiendo la línea de la compatibilidad entre la ética del cuidado y la noción de derechos, Sher sugiere que es posible que las mujeres se consideren a sí mismas como responsables de proporcionar solidaridad, atención y ayuda a los otros precisamente porque se consideran debiendo esas cosas. Afirma entonces que poniendo el punto en términos de derechos, e ignorando las complejidades y diferentes interpretaciones de esta noción, podemos decir que nada descarta las posibilidades de que las mujeres consideren que los otros tienen derechos a su solidaridad, atención y ayuda.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> R. Gargarella, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 47. Sostiene Nozick que “El hecho de que usted sea forzado a contribuir al bienestar del otro, viola sus derechos, mientras que el hecho de que otro no le provea a usted de cosas que son esenciales para la protección de sus derechos, no constituye en sí mismo una violación de sus derechos”. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, citado en R. Gargarella, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>38</sup> Al respecto, Kymlicka afirma que “Todas las demás teorías que he examinado reconocen efectivos deberes en relación con el bienestar de los demás. Entonces, mientras que el sistema de la justicia pone el acento en los derechos de las personas, es bastante apropiado decir que estos derechos imponen responsabilidades sobre los demás. Y, por cierto, éste es el modo en que muchos de los responden a las críticas Gilligan describen su teoría de la ética del cuidado.” Cfr. W. Kymlicka, *Filosofía Política Contemporánea: Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 302.

<sup>39</sup> Moller Okin destaca que “Gilligan seems predisposed to interpret talk of “rights” as referring to what are sometimes called “negative rights”, that is to say, rights that require only restraint, and no positive responsibility, on the part of the corresponding obligation holder(s). She tends therefore to conflate talk about rights with individualism and even selfishness. But as a number of moral philosophers have recently argued, many rights entail positive obligations and substantive responsibilities on the part of other, and at least some of Gilligan’s male respondents are ambiguous on this issue. In this light, the distinction between a “morality of rights” and “morality of responsibilities” seems artificial and even obfuscating, unless it is meant simply to indicate where the greater emphasis is placed”. Cfr. S. Moller Okin, “Thinking like a Woman”, en D. Rhode (ed.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, New Haven, Yale University Press, 1990, p. 157.

<sup>40</sup> G. Sher, *ob. cit.*, pp. 603-604.



La ética del cuidado – según esta visión – se configura como una teoría moral que propone principios morales de aplicación a todas las relaciones –tanto personales como impersonales- y que genera derechos de solidaridad, atención y ayuda a los otros.

La idea de sostener la compatibilidad de la ética del cuidado con la noción de derecho permite pensar un derecho más complejo que el que la propia Gilligan critica. Un derecho que tenga en cuenta el contexto en el que se aplica y la interrelación entre los individuos cuyos conflictos se pretendan resolver.

La elección de este camino está relacionada con el carácter que deben tener los reclamos basados en derechos fundamentales, en particular, los derechos económicos y sociales. En este sentido, la respuesta a la demanda por una vivienda digna no es una cuestión que dependa de caridad, sino que se trata de bienes que el Estado se encuentra obligado a ofrecer en función de los derechos de las personas que necesitan estos bienes, y las obligaciones de quienes deben contribuir para que estos se hagan efectivos. En este sentido, el lenguaje de los derechos sirve como garantía de los grupos más débiles de la sociedad.

En consecuencia, es posible advertir que la ética del cuidado no es incompatible con ciertas concepciones del derecho, y que, por el contrario, estas nociones de derecho podrían ser enriquecidas desde esta visión.

#### **d) Relación entre la ética del cuidado y los derechos económicos y sociales**

Como se vio en el apartado anterior, advirtiendo que las críticas de Gilligan a la noción de derecho puede implicar que ningún derecho puede ser compatible con la ética del cuidado, se optó por una versión diversa pretendiendo compatibilizar la noción de derechos con la ética del cuidado. El paso siguiente es determinar si la ética del cuidado puede, a su vez, sustentar derechos.

Retomando las bases de esta teoría, Kohen afirma que “Esta ética, lejos de concebir a los ciudadanos como separados y autónomos, los considera en sus interconexiones, reconoce la vulnerabilidad humana y las relaciones de interdependencia entre las personas. La preservación de la vida, el cuidado y la respuesta al otro, y el imperativo de evitar el daño constituyen sus aspectos esenciales...la ética del cuidado enfatiza la satisfacción de diversas necesidades humanas, valora el contexto y las diferencias concretas en la sociedad”<sup>41</sup>.

Como es sabido, los derechos económicos y sociales responden a un modelo de Estado Social o de Bienestar.<sup>42</sup> Sin perjuicio de este origen y pertenencia histórica e ideológica, es posible advertir en la lógica de estos derechos valores similares a los que sustenta la ética del cuidado.

La descripción de los valores protegidos por la ética del cuidado son los que subyacen en los derechos económicos y sociales. Estos derechos implican considerar a los individuos a partir de interconexiones y reconocer la vulnerabilidad humana y las

---

<sup>41</sup> B. Kohen, *ob. cit.*, p. 183.

<sup>42</sup> Curtis sostiene al respecto: “Históricamente, el primero abstrae los rasgos más notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante el siglo XX”. Cfr. Ch. Curtis. “Los derechos sociales como derechos”, Buenos Aires, Sela, 2001, p. 219.





relaciones de interdependencia entre las personas. El cuidado por el otro es un papel esencial de estos derechos. La satisfacción de las necesidades humanas básicas es el fin fundamental que persiguen. Sobre estos valores, y traducidos en términos de derechos, es posible considerar la existencia de derechos a la solidaridad, atención y ayuda que están implícitos en los derechos económicos y sociales.

Esta asimilación no parece irrazonable si tenemos en cuenta que muchas de las críticas a los derechos económicos y sociales están íntimamente relacionadas con las cuestiones hasta aquí planteadas. A modo de ejemplo, Fernando Atria en un trabajo crítico sobre los derechos sociales, objeta la posibilidad de traducir las demandas basadas en la solidaridad como demandas de derechos.<sup>43</sup> La cuestión es la misma, la pregunta es si la solidaridad – basada en la ética del cuidado o con cualquier otro fundamento – y los derechos económicos y sociales generan obligaciones exigibles.

Como ya hemos visto, la ética del cuidado puede ser tomada como una teoría moral que prescribe deberes relacionados con la satisfacción de las necesidades de los otros. Si la solidaridad es exigible, los derechos económicos y sociales también pueden serlo sin implicar una contradicción en sus propios términos.

Si es posible sostener que este reclamo está justificado en principios morales que obligan a atender la situación de quienes los formulan, es decir, si cuestiones como la solidaridad son exigencias morales y no meros asuntos de compasión, ciertas demandas en términos de derechos podrían estar justificadas también.

En este sentido, esta visión de la ética del cuidado sigue la posición sostenida por Marcelo Alegre<sup>44</sup> en tanto afirma que los reclamos de satisfacción de las necesidades básicas deben entenderse dentro de la perspectiva de justicia y no como una cuestión de compasión. Según este autor, este deber de humanidad debe ser entendido como un elemento central de la justicia, es decir, como parte de un conjunto de consideraciones que deben guiar a las instituciones sociales.

#### **e) Derechos económicos y sociales, ética del cuidado y autonomía personal**

La relación de los derechos económicos y sociales y la autonomía ha sido discutida desde distintos aspectos. Al respecto, Emilio Santoro sostiene que existe una tensión implícita en el concepto de autonomía a través de una concepción positiva que se refiere a la idea del control de las decisiones inmediatas y de los impulsos, y una concepción negativa como derecho, es decir, la garantía de la posibilidad de elegir el modo en que se prefiere vivir sin ser condicionado por los otros.<sup>45</sup>

Se viola la autonomía en su concepción negativa cuando se interfiere en la habilidad de los sujetos de evaluar críticamente las decisiones y elecciones, cuando se los trata como si no tuvieran capacidad de juicio, cuando se les impide cumplir con las

---

<sup>43</sup> F. Atria, *¿Existen Derechos Sociales?*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=>.

<sup>44</sup> M. Alegre, “Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, p. 186.

<sup>45</sup> E. Santoro, *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell'antropologia liberale*, Pisa, ETS, 1999.



elecciones significativas para sus vidas.<sup>46</sup> En este sentido, según Santoro, la noción kantiana de autonomía se contrapone a la idea de minoridad.<sup>47</sup>

Santoro sostiene que los derechos sociales siguen un modelo antropológico diferente al de los derechos civiles y políticos. Citando a Foucault, afirma que, por un lado, existe un modelo antropológico del individuo capaz de perseguir sus propios intereses racionalmente, programando autónomamente la propia vida, y por otro, el modelo antropológico del individuo incapaz de hacer frente solo a los problemas tales como la salud, la higiene, la sexualidad, la educación, el sufrimiento y la muerte. Considera que la seguridad del primer modelo se afianza con la atribución de derechos subjetivos, mientras que la del segundo es garantizada a través de lo que Foucault ha definido como “biopolítica”, esto es, la racionalización por parte de una agencia administrativa de los principales problemas de la población de un Estado.<sup>48</sup>

En consecuencia, según este autor, los derechos sociales no son, como los derechos civiles, una reivindicación de la esfera de libertad contra el Estado, por el contrario, es un aumento del poder de soberanía.

La protección de los derechos económicos y sociales podría significar tratar a los individuos como incapaces. A su vez, esto estaría reforzado por la idea de justificar estos derechos a partir de principios sustentados en la ética del cuidado. Unidas ambas cuestiones, los derechos sociales podrían estar suponiendo individuos incapaces para elegir sus planes de vida, donde el Estado, violando su autonomía, decide por ellos, de la misma manera que madres y padres deciden por sus hijos/as.

Sin perjuicio de destacar que la autonomía personal también limita ciertas decisiones de los padres respecto de sus hijos/as, en virtud del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que, en cualquier caso, la consagración de los derechos sociales tiende a garantizar que las personas que no tiene posibilidades de acceder a ciertos bienes básicos, por ejemplo, la alimentación, puedan hacerlo a través del apoyo del Estado. Esto no implica violar las decisiones de las personas.

No se pretende sostener que el Estado deba prohibir a las personas reclamar por sus derechos a través de, por ejemplo, una huelga de hambre. Si el Estado permite o no llevar a cabo huelgas de hambre se trata de un debate sobre si las instituciones públicas deben o no intervenir en las decisiones tomadas por las personas, y cuáles son las razones que podrían justificar alguna intervención en estos casos. En cambio, el acceso a la alimentación no se relaciona con las decisiones de los individuos en el mismo sentido, toda vez que garantizarlo no implica de ningún modo imponer a las personas obligación alguna, ni comer tal o cual cosa, ni siquiera la de comer.

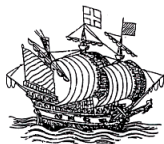
De lo mencionado hasta aquí surge que la idea no es interferir en las decisiones de las personas, sino garantizar que estas decisiones se tomen en el contexto de condiciones lo más adecuadas posibles, lo que implica que las personas cuenten con las opciones necesarias para llevarlas a cabo.

---

<sup>46</sup> E. Santoro, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>47</sup> Kant señala que “*minorità è l’incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro*”. Citado en E. Santoro, *ob. cit.*, p. 38.

<sup>48</sup> E. Santoro, “Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale”, en D. Zolo (comp.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 110.



En este sentido, no es posible sostener que quien está viviendo en la calle por carecer totalmente de recursos haya tenido opciones suficientes para elegir esta forma de vida.

Los derechos económicos y sociales, en realidad, son prerequisites para la autonomía personal. Al respecto, Nino sostiene que la autonomía de la persona prescribe “que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”<sup>49</sup>

Tal como sostiene Gustavo Maurino<sup>50</sup>, el principio de autonomía contiene dos aspectos: la prohibición de interferencia estatal en la elección y adopción de los ideales personales; y el deber del Estado de facilitar institucionalmente la persecución y satisfacción de los ideales personales de vida.

Los derechos económicos y sociales se fundan en la necesidad de que el Estado dé una respuesta al problema de que muchas personas no pueden, por sí mismas, satisfacer sus necesidades básicas. Esta respuesta, claro está, no es satisfactoria si consiste en la mera no intervención, porque no garantiza a las personas el acceso a los bienes indispensables para sus subsistencias.

Por ello es ineludible una autonomía más ambiciosa que disponga el deber del Estado de hacer algo frente a los problemas sociales como la desigualdad económica.

Los principios morales como los que surgen de la ética del cuidado, que suponen pensar en el bienestar de los demás, podrían propiciar medidas tendientes a revertir la situación de condicionamiento social y económico que padecen numerosas personas que viven en situación de pobreza.

Es entonces por esta razón que los derechos económicos y sociales, y su identificación con los principios de la ética del cuidado, implican una visión de la autonomía mucho más robusta que la que sostiene la mera no intervención del Estado en los planes de vida de las personas. Esta visión, lejos de contradecir los derechos económicos y sociales y sus fundamentos basados en la ética del cuidado, parece confirmarlos.

Esta noción es la que Maurino denomina autonomía como emancipación<sup>51</sup>, que implica la existencia de un conjunto de bienes básicos instrumentales para elegir y materializar planes de vida a los que todas las personas tienen acceso, entre los cuales, Nino menciona la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, la vida consiente, la integridad corporal y psíquica, la educación liberal, el control de recursos materiales, entre otros.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> C. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2º reimp., Buenos Aires, Astrea, 2007.

<sup>50</sup> G. Maurino, “Pobreza, Constitución y Democracia: aportes desde la autonomía personal”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

<sup>51</sup> G. Maurino, *ob. cit.*

<sup>52</sup> Afirma Nino que “Verse libre de dolores y de depresiones y perturbaciones psíquicas, contar con el funcionamiento normal de los órganos y miembros del cuerpo, no estar afectado por desfiguraciones, o sea, en suma, gozar de salud física y mental, constituye una condición que amplifica considerablemente la capacidad de elección y materialización de proyectos de vida.” Cfr. C. Nino, *ob. cit.*, p. 225.





Nino considera que la autonomía se satisface más que nada a través de la provisión de recursos para que los individuos los empleen libremente en la satisfacción de sus preferencias. Esta posición implica que el acceso a ciertos bienes no sólo debe estar expedito de obstáculos sino también facilitarse positivamente.<sup>53</sup>

La autonomía, según Nino, tiene dos caras: la creación de los planes de vida, y su ejercicio. Estas facetas están interrelacionadas, ya que según el autor, no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar y no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que uno no ha elegido libremente.<sup>54</sup> Afirma que para la autonomía son tan valiosas la capacidad de optar como la de satisfacer planes de vida o preferencias formadas. Entre otras cuestiones, poseer medios económicos decorosos permite un más amplio menú de planes de vida.<sup>55</sup>

Garantizar a las personas la satisfacción de los recursos básicos para la subsistencia fortalece ambas cuestiones. Por un lado, amplía el menú de opciones para elegir los planes de vida y, por otro, permite que ciertos planes de vida puedan ser materializados.

Es por ello que dentro de esta visión más robusta de la autonomía, los derechos económicos y sociales adquieren un papel sumamente relevante. En este sentido, numerosos autores han sostenido una intrínseca relación entre la satisfacción de necesidades básicas y el ejercicio de los derechos, entendiendo que la satisfacción de los derechos económicos y sociales puede constituir un prerequisite para garantizar la autonomía personal y el ejercicio de los derechos fundamentales.

## 6. Conclusiones

La ética del cuidado puede ser leída como una teoría moral que establece principios morales respecto de las personas, incluso en los conflictos impersonales. Estos principios atienden especialmente el contexto en el que se aplican, dando relevancia a las causas y las consecuencias de las decisiones que se toman. Además de ello, se basan en el cuidado, la responsabilidad y la atención y la respuesta activa al otro. En este sentido, las personas son entendidas como sujetos interdependientes, encarnados y situados.

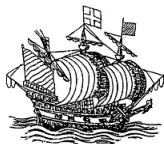
Los principios de la ética del cuidado pueden ser compatibles con la noción de derechos. Para ello, es necesario pensar un derecho más complejo, que tenga en cuenta,

---

<sup>53</sup> Es por ello que Nino entiende que “casi todos los derechos tengan un componente negativo y otro positivo. El derecho a la vida y a la integridad corporal, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que pueden involucrar la muerte o lesiones sino también el contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo, y posibilidades de descanso satisfactorio, etcétera. Del mismo modo, el derecho a la libre expresión de ideas, no se satisface sólo removiendo los obstáculos a esa expresión sino también ofreciendo los instrumentos que la hagan posible (como el acceso a los medios de comunicación masiva, etcétera).” Cfr. C. Nino, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>54</sup> C. Nino, *Derecho, Moral y Política II. Los escritos de Carlos Santiago Nino*, G. Mourino (ed.), Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 102.

<sup>55</sup> Señala Nino que estas cuestiones son compatibles cuando se refieren al mismo individuo. Afirma también que en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el ‘menú’ de preferencias posibles de otros individuos, aun cuando sus preferencias presentes no requieran esos recursos. C. Nino, *ob. cit. ult.*, p. 222.



entre otras cuestiones, el contexto en el que se aplica y la interrelación entre los individuos cuyos conflictos se pretendan resolver.

La idea de compatibilizar los principios de la ética del cuidado y los derechos, en particular, los económicos y sociales, implica que la respuesta a la demanda por una vivienda digna no es una cuestión que dependa de la caridad de las personas. En este sentido, el lenguaje de los derechos sirve como protección de los grupos más débiles de la sociedad.

Los derechos económicos y sociales, incluso basados en la ética del cuidado, no suponen necesariamente tomar a los individuos como incapaces para tomar decisiones de manera autónoma, sino más bien se ocupan de que la ausencia de recursos materiales no implique un obstáculo en el proceso de desarrollo de la voluntad. En este sentido, no se viola la autonomía mientras no se impongan planes de vida a las personas, sino que se garantice un menú de opciones y posibilidades reales de satisfacción de estos planes o preferencias.

Por el contrario, negar los derechos económicos y sociales más básicos implica vulnerar la autonomía de las personas, toda vez que ambos tipos de derechos están interrelacionados. No es posible ejercer la autonomía si no contamos con nuestras necesidades básicas satisfechas.

Es por ello que la autonomía se encuentra robustecida con la consagración de los derechos económicos y sociales, aún cuando consideremos como parte de sus fundamentos a los principios de la ética del cuidado. En este sentido, sostiene Kohen que “Al enfocar la mirada sobre las necesidades humanas, la ética del cuidado contribuye a la percepción de que satisfacción es un elemento crucial para la ampliación de derechos, ya que sólo individuos con sus necesidades básicas satisfechas están en condiciones de asumir las responsabilidades democráticas, evaluar críticamente las diferentes opciones que se les presentan y tomar decisiones informadas de manera autónoma.”<sup>56</sup>

Si asumimos que los obstáculos económicos vulneran la libertad elección, tenemos más razones para justificar los derechos económicos y sociales que para criticarlos. Si las circunstancias sociales y económicas son condicionantes de las decisiones personales, entonces el Estado debería revertir estas situaciones para fomentar la autonomía.

En consecuencia, la justificación moral del deber de solidaridad basada en la ética del cuidado motivaría una visión robusta del derecho a la vivienda digna y adecuada, lo que implicaría una decisión diferente sobre el alcance de este derecho a la tomada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el caso “Alba Quintana” aquí analizado. Incluso, esta argumentación moral es susceptible de ser efectuada por un magistrado judicial respetuoso la igualdad y de la diversidad religiosa.

En este sentido, el derecho a la vivienda digna y adecuada, incluso en la versión más restringida referida al piso mínimo que debe garantizarse desde del Estado, nunca podría quedar satisfecho a través de programas como paradores u hogares de tránsito, dado que, como se mencionó, sólo brindan un techo donde pasar la noche. Mucho menos si tenemos en cuenta el contexto en que se encuentran las personas a quienes se les aplica. Es decir, si se analiza la particular situación de cada uno de los peticionantes del subsidio – y su extensión en el tiempo – es muy probable que se llegue a la conclusión de que necesitan mucho más que un techo de noche, dado que ello implica

---

<sup>56</sup> B. Kohen, *ob. cit.*, p. 186.



## JURA GENTIUM



que durante el día sigan en situación de calle. Parecería que garantizar un lugar donde dormir supone que las personas cuentan con recursos suficientes para tener una vivienda de día o se trata de casos donde los adultos trabajan en esa jornada, por lo que sólo necesitan un lugar donde habitar en esa franja horaria. Sin embargo, las personas concretas que acceden a estos programas no parecen responder a ese modelo, dado que el programa está dirigido a quienes poseen ingresos menores a la línea de pobreza.

La fundamentación basada en la ética del cuidado, a su vez, permite considerar las relaciones sociales relevantes en cada caso concreto. De este modo, la solución arribada en el antecedente “Alba Quintana” no parece adecuarse a estándares de este tipo en razón de que los programas citados, tal como ya se mencionó, en su mayoría de casos disgregan a las familias generando un debilitamiento de los vínculos y vulnerando especialmente el derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes.

# Egemonia culturale e imperialismo giuridico nella global governance

Francesca Spagnuolo

## 1. Introduzione e prima esemplificazione

I principi generali e gli istituti del diritto amministrativo utilizzati nel contesto della *global governance*<sup>1</sup>, pur essendo propagandati come universali, appaiono, con sempre maggiore evidenza, il prodotto di un processo di egemonia culturale, attraverso il quale un'élite di burocrati internazionali e di giuristi formati nella tradizione giuridica occidentale (in prevalenza di *common law*), persegue un ordine giuridico globale funzionale agli interessi economici dell'Occidente. Esempio è il caso della *rule of law*<sup>2</sup>, descritta da Ugo Mattei e Laura Nader come uno strumento attraverso il quale le istituzioni della *global governance* amministrano, sanzionano e giustificano “la conquista e il saccheggio<sup>3</sup>” di beni comuni, da parte dei Paesi industrializzati più avanzati dell'Occidente<sup>4</sup>. Una tale interpretazione, forse cinica – com'è stato da alcuni osservato<sup>5</sup> – sembra essere, tuttavia, suffragata da alcune vicende connesse con la *governance* mondiale delle risorse alimentari e dell'acqua.

Per quanto riguarda la *governance* delle risorse alimentari è stato dimostrato come gli interessi delle industrie alimentari occidentali si trovino spesso in contrasto con quelli dei piccoli coltivatori e dei consumatori dei Paesi in via di sviluppo, il cui diritto al cibo (sancito dall'art.45 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) è messo a repentaglio dalle speculazioni finanziarie sui terreni e sui prezzi delle materie prime<sup>6</sup>. Malgrado, infatti, la disponibilità di risorse alimentari sia cresciuta rispetto ai decenni precedenti (cfr. dati Oxfam, 2011<sup>7</sup>), ancora oggi, 925 milioni di persone – per la

---

<sup>1</sup> Per *global governance* si intende, in questa sede, d'accordo con J. Rosenau, “Governance in the Twenty-first century”, in *Global Gov.*, 1, 1995, p. 13 ss., l'insieme delle regole (formali ed informali) e delle reti di attori create a più livelli, per affrontare problemi aventi dimensione transnazionale.

<sup>2</sup> Con l'espressione *rule of law* si suole indicare, in generale, un complesso di principi e istituti che includono la partecipazione degli interessati al processo decisionale, l'obbligo di motivazione, la ragionevolezza e la proporzionalità.

<sup>3</sup> Cfr. U. Mattei- L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, Mondadori, VII, 2-3.

<sup>4</sup> Per Paesi industrializzati più avanzati si intendono gli Stati classificati ad “economia avanzata” dal Fondo monetario internazionale (cfr. World Economic Outlook Database, dati settembre 2011, *on line* su <<http://www.imf.org>>); l'uso del termine non implica, dunque, alcun giudizio di valore.

<sup>5</sup> V. J.Q. Whitman, *Western Legal Imperialism: Thinking About the Deeping Historical Roots*, New York University Legal History Colloquium, *on line* su <<http://www.bepress.com/til/default/vol10/iss2/art15>>.

<sup>6</sup> Su questi temi v. M. Robles - M. Torero - J. von Braun, *When Speculation Matters*, Washington, International Food Policy Research Institute, 2009 e P. Jacquet – J.H. Lorenzi, (a cura di), *Les Nouveaux Equilibres agroalimentaires mondiaux*, Paris, PUF, 2011.

<sup>7</sup> Oxfam, *Coltivare un futuro migliore. Assicurare la giustizia alimentare in un mondo dalle risorse limitate*, Rapporto di ricerca 2011, *on line* su <<http://www.oxfamitalia.org/>>



maggior parte residenti in Paesi in via di sviluppo ed economie emergenti<sup>8</sup> – non hanno accesso su base regolare, permanente e senza restrizioni a un livello di cibo sufficiente, quantitativamente e qualitativamente adeguato, corrispondente alle proprie tradizioni culturali e tale da garantire loro una vita dignitosa<sup>9</sup>. A ostacolare l'esercizio del diritto al cibo, specialmente nelle aree in cui la percentuale di popolazione malnutrita è più elevata (vale a dire nei Paesi africani e del Sud-est asiatico<sup>10</sup>), sono soprattutto le politiche economiche e commerciali internazionali che hanno consentito alle imprese multinazionali (in maggioranza statunitensi ed europee<sup>11</sup>) di assicurarsi il monopolio sulla produzione alimentare, determinando la scomparsa delle coltivazioni locali tradizionali, meno redditizie in termini commerciali ma più produttive sotto il profilo nutrizionale. Tali scelte di *policy*, spesso effettuate all'interno di organizzazioni internazionali nelle quali la partecipazione dei Paesi in via di sviluppo è marginale o comunque poco effettiva, non solo producono effetti perversi sulla garanzia di alcuni dei più elementari diritti umani, com'è appunto il diritto al cibo, ma rischiano anche di cancellare un elemento identitario forte per molte comunità ed etnie, incidendo negativamente sul mantenimento della biodiversità agricola e della diversità genetica.

Oltretutto, se anche fosse vero – com'è stato da alcuni osservato<sup>12</sup> – che le multinazionali “hanno in se stesse la forza che le spinge alla conquista dei mercati mondiali”, quasi a voler sottolineare l'irrelevanza del ruolo delle istituzioni di *global governance* nel determinare le dinamiche di sfruttamento delle risorse possedute dai Paesi in via di sviluppo, resta nondimeno il fatto che circa l'80% delle maggiori *corporations* alimentari ha sede sociale in Europa o negli Stati Uniti e produce merci e servizi prevalentemente consumati in questi luoghi. Considerazioni analoghe valgono anche con riferimento alla *governance* mondiale dell'acqua, altro settore nel quale la tutela dei diritti individuali e collettivi di milioni di persone si scontra con gli interessi economici delle imprese multinazionali occidentali.

In questo ambito, a partire dagli anni Novanta, si è, infatti, assistito ad un fenomeno di progressiva privatizzazione della fornitura di acqua potabile e dei servizi fognari, favorito e alimentato dai programmi di aggiustamento strutturali sponsorizzati dal Fondo monetario internazionale (FMI) e dalla Banca mondiale. Questi ultimi hanno imposto, come condizione per ottenere i finanziamenti internazionali, l'adattamento del contesto istituzionale dei Paesi in via di sviluppo ai principi di privatizzazione, esternalizzazione, managerializzazione, economicità ed efficienza, tipici del modello

---

<sup>8</sup> Così secondo i dati della *Food and Agriculture Organization* (FAO), contenuti in un documento elaborato insieme al *World Food Programme* delle Nazioni Unite e disponibile *on line* su: <<http://www.fao.org/docrep/012/a1390e/a1390e00.pdf>>

<sup>9</sup> Il diritto al cibo è definito in questi termini nella Relazione sulla promozione e la protezione dei diritti umani, civili, politici, economici, sociali e culturali, incluso il diritto allo sviluppo, (doc. A/HRC/7/5, §. 17) presentata il 10 gennaio 2008 all'Assemblea generale delle Nazioni Unite da Jean Ziegler, all'epoca *UN Special Rapporteur on the right to food*.

<sup>10</sup> Così secondo la FAO, *The State of food insecurity in the World (2011)*, *on line* su: <<http://www.fao.org/docrep/014/i2330e/i2330e00.htm>>

<sup>11</sup> Secondo i dati forniti dall'ultimo *Financial Times Global 500*, le prime dieci aziende alimentari al mondo, per capitalizzazione, sono multinazionali europee (come la Nestlé – che è prima nel settore - e la Danone) o statunitensi (come la Kraft Foods e la Monsanto), unica eccezione la Wilmar International, azienda alimentare di Singapore (i dati, del 31 marzo 2011, sono consultabili *on line* su: <<http://media.ft.com/cms/33558890-98d4-11e0-bd66-00144feab49a.pdf>>).

<sup>12</sup> F. Galgano, 2006, “La globalizzazione e le fonti del diritto”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 317 ss.



anglosassone di *new public management*<sup>13</sup>. In particolare, attraverso i programmi di aggiustamento strutturale, il FMI e la Banca mondiale hanno associato la gestione efficiente dei servizi idrici alla liberalizzazione economica e al rispetto della *rule of law* che, nell'interpretazione della Banca mondiale, richiede "trasparenza nella legislazione, leggi eque applicate con certezza e responsabilità politica, mantenimento dell'ordine, promozione del settore privato e lotta alla povertà"<sup>14</sup>. Più nello specifico, con riferimento alla *governance* dell'acqua, la Banca mondiale ha sottolineato che il coinvolgimento del settore privato stimola una regolazione più trasparente e imparziale e consente di rifornire di acqua una fetta più ampia della popolazione dei Paesi in via di sviluppo<sup>15</sup>. In verità, come dimostrano studi sul campo realizzati in America latina e Africa, il coinvolgimento dei privati (molto spesso società straniere e multinazionali) non è stato, finora, garanzia né di una gestione efficiente delle risorse idriche, né del miglioramento nella qualità dei servizi<sup>16</sup>. Peraltro, poiché l'accesso all'acqua costituisce, non diversamente dall'accesso al cibo, un diritto umano fondamentale – recentemente riconosciuto anche sul piano internazionale<sup>17</sup> – c'è da chiedersi se la logica sottesa ai programmi di aggiustamento strutturale delle organizzazioni economiche internazionali sia realmente quella dello sviluppo economico – al quale, come ci ricorda Amartya Sen, è consustanziale la libertà dal bisogno – e non piuttosto quella del mero profitto<sup>18</sup>.

Trovare una risposta a questa domanda può contribuire a fare chiarezza sul tema centrale di questo lavoro, e a porre in luce le ragioni e i meccanismi dell'imperialismo giuridico occidentale nei regimi di *global governance*.

## 2. Globalizzazione del diritto e imperialismo giuridicooccidentale nei regimi di *global governance*

Premesso che, per imperialismo giuridico occidentale si intende, in questa sede, l'imposizione, su scala globale, di principi e valori tipici della tradizione giuridica occidentale, obiettivo di questo lavoro è contribuire al dibattito critico sul tema della globalizzazione del diritto, ponendo in luce come l'impiego, all'interno dei regimi regolatori della *global governance*, di istituti tipici della *western legal tradition* – e, in specie, del diritto amministrativo – vada ben al di là dei tradizionali meccanismi di *legal*

---

<sup>13</sup> Sul tema cfr. G. Gruening, "Origin and theoretical basis of new public management", in *Int. Publ. Manag. J.*, 4, 1, 2001, pp. 1-25.

<sup>14</sup> World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington DC, World Bank Pub., 2004, p. 4.

<sup>15</sup> Idem, *Water Resources Sector Strategy*, Washington DC, World Bank Pub., 2004, p.19.

<sup>16</sup> In argomento v. B. Morgan, "Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law", in *Eur. J. Int'l. L.*, 17, 1, 2006 e Idem, *Water on Tap. Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>17</sup> Si v. la Risoluzione sul diritto umano all'acqua e ai servizi igienico-sanitari, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 3 agosto 2010 (doc. A/RES/64/292).

<sup>18</sup> Come noto, nell'interpretazione di A. Sen, *Development as Freedom*, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Milano, Mondadori, 2000, 10, lo sviluppo è un processo di espansione delle libertà reali godute dagli esseri umani, cosicché la mancanza di libertà sostanziali appare conseguenza di una situazione di povertà materiale che "sottrae a molti la libertà di placare la fame, nutrirsi a sufficienza, procurarsi medicine, (...) avere a disposizione acqua pulita o godere di assistenza sanitaria".





*transplants* (fondati sulla circolazione e l'adozione dei modelli giuridici più autorevoli, prestigiosi o accessibili), configurandosi piuttosto, in termini di egemonia culturale, intesa – d'accordo con Gramsci<sup>19</sup> – come imposizione, attraverso meccanismi coercitivi e di formazione del consenso, di elementi propri della tradizione giuridica occidentale e, in particolare, dei principi morali del cristianesimo, dei principi politici e sociali della democrazia liberale e di una struttura economica capitalista<sup>20</sup>.

In particolare, facendo esplicito riferimento ai regimi di *global governance* in precedenza richiamati, si intende dimostrare come attraverso un uso strumentale di principi e istituti tipici del diritto amministrativo – al quale, negli Stati democratici occidentali, è tradizionalmente ascritta una funzione di controllo e di legittimazione del potere pubblico<sup>21</sup> – stia andando configurandosi una nuova *imperial governance*<sup>22</sup>, in cui il diritto è utilizzato come uno strumento, attraverso il quale i Paesi industrializzati più avanzati dell'Occidente e i loro principali attori privati controllano (servendosi delle istituzioni della *global governance*) le strutture giuridiche nazionali e le forze economiche e sociali dei Paesi più periferici.

La ragione per cui si è scelto di indagare il fenomeno dell'imperialismo giuridico all'interno della *global governance* è che proprio in questa sede, sin dai primi anni novanta del XX secolo, è venuta realizzandosi una nuova forma di mutazione giuridica, caratterizzata dall'imposizione di principi, istituti e procedure tipiche del diritto amministrativo (in prevalenza anglo-americano) da un "centro", rappresentato dalle istituzioni della *global governance* e dagli attori pubblici e privati che le dominano, alla "periferia" del mondo, costituita, invece, dai Paesi e dai soggetti (sia pubblici che privati) che ne subiscono le scelte<sup>23</sup>. Tale 'diritto amministrativo globale' (o Global

---

<sup>19</sup> Il concetto di "egemonia" è frutto, come noto, della riflessione filosofica di Antonio Gramsci, che lo ha elaborato e sviluppato in tutta la sua opera, inclusi i *Quaderni del carcere*, Torino, Einaudi, 1975 (ed. critica a cura di V. Gerratana), ai quali si rinvia per un approfondimento. Con specifico riferimento alla politica economica globale la nozione in oggetto ha, poi, trovato applicazione nell'ambito della teoria neogramsciana delle relazioni internazionali e, in particolare, nei lavori di Robert W. Cox, del quale si v. "Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory", in *Millennium: Journal of International Studies*, 1981, 10 (2), pp. 126-155; e Id., "Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method", in *Ibid.*, 1983, 12(2), pp. 162-175. Si segnalano, inoltre, i seguenti lavori di S.R. Gill – D. Law, "Global Hegemony and the Structural Power of Capital" in *International Studies Quarterly*, Vol. 33, No. 4, Dec. 1989, 475-499 e H. Overbeek, "Global Governance, Class, Hegemony: A historical materialist perspective", in *Working Papers Political Sciences*, No. 2004/01, Vrije Universiteit Amsterdam, ISSN 1569-3546.

<sup>20</sup> Cfr. R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, Librairie Générale de Droit, 1950. In generale sulla *western legal tradition*, intesa come tradizione giuridica comune ai sistemi di *common* e di *civil law*, cfr. H.J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983; e, per una analisi critica, A. Somma, "Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica", in *Ars Interpretandi*, 2003, p. 317 ss.

<sup>21</sup> Come sottolineato da L. Torchia, "Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel Terzo millennio o della legittimazione inversa", in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffré, 2008, p. 45 ss.

<sup>22</sup> Nel senso chiarito da M. Hardt - A. Negri, *Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2000.

<sup>23</sup> Il concetto "centro – periferia", mutuato dagli economisti di orientamento marxista è utilizzato in questa sede per sottolineare il rapporto di "scambio ineguale" esistente tra i vari soggetti della *global governance* e, più specificatamente, tra i Paesi industrializzati più avanzati dell'Occidente e quelli in via di sviluppo.



Administrative Law) servirebbe, in altri termini, a dare forma ad un ordine giuridico globale funzionale agli interessi economici dei Paesi industrializzati più avanzati dell'Occidente<sup>24</sup>.

## 2.1. Il caso della *Codex Alimentarius Commission*

Si prenda, ad esempio, il caso, già menzionato, della *governance* alimentare globale, all'interno della quale un ruolo predominante è svolto dalla Codex Alimentarius Commission (CAC), un'amministrazione globale "ibrida", nata, nel 1963, da un accordo tra la FAO (la *Food and Agriculture Organization*) e la *World Health Organization* (WHO, nell'acronimo in lingua inglese)<sup>25</sup>. La CAC, alla quale partecipano 185 Stati membri (inclusa l'Unione Europea), è incaricata di omogeneizzare norme e standard di sicurezza alimentare, con l'obiettivo, per un verso, di facilitare gli scambi commerciali internazionali e, per altro verso, di garantire standards uniformi di tutela della salute dei consumatori. Le procedure utilizzate per l'adozione dei suddetti standards sono contenute in un *Procedural Manual*<sup>26</sup>, nel quale sono elencate le linee guida per i procedimenti di *standard – setting* ed i criteri generali da seguire per la definizione delle priorità dell'attività regolatoria. Nei procedimenti di *standard – setting* un ruolo fondamentale è svolto dai privati, per la maggior parte associazioni di categoria o rappresentanti di industrie alimentari nazionali coinvolti nei lavori della Codex Alimentarius Commission in veste di osservatori o in quanto membri delle delegazioni nazionali che negoziano gli standards di sicurezza alimentare.

Alla definizione di tali standards partecipano, inoltre, esperti indipendenti, selezionati attraverso apposite *calls for experts*, bandite dalla FAO e dalla WHO, ed utilizzati nell'ambito delle procedure di *risk assessment* volte ad accertare l'esistenza di eventuali rischi per la salute umana.

In realtà, proprio il ricorso agli esperti indipendenti, che dovrebbe costituire garanzia di neutralità rispetto agli interessi coinvolti – e, allo stesso tempo, assicurare il più elevato livello di *expertise* – si è rivelato uno strumento poco affidabile sotto il profilo dell'indipendenza. Non essendo formalmente retribuiti dalla Codex Alimentarius Commission, molti esperti intrattengono, infatti, rapporti con le industrie alimentari, dalle quali ricevono anche i finanziamenti necessari per lo svolgimento delle proprie attività scientifiche<sup>27</sup>. Inoltre, pur garantendo il rispetto di standards minimi di

---

<sup>24</sup> Per una prima ricostruzione del concetto di *Global Administrative Law* (GAL) – intesa come insieme di istituti, principi e norme che incidono sull'esercizio del potere regolatorio al di là dell'ordinamento giuridico statale – si v. B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, N. 3&4, 2005, 15. In Italia, l'analisi più completa del diritto amministrativo globale è quella svolta da Sabino Cassese in una serie di contributi raccolti nei seguenti volumi: *La crisi dello Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2002; *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, Laterza, 2003; *Oltre lo Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2006.

<sup>25</sup> Secondo la classificazione operata da B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *op. cit.*, 15, la Codex Alimentarius Commission sarebbe, infatti, riconducibile al novero degli organismi di regolazione pubblico-privati, a cui partecipano, in misura variabile, sia i rappresentanti dei governi nazionali, che i soggetti privati, per lo più rappresentanti del mondo delle industrie e ONG.

<sup>26</sup> Consultabile *on line* sul sito della Codex Alimentarius Commission, all'indirizzo: [http://www.codexalimentarius.net/web/procedural\\_manual.jsp](http://www.codexalimentarius.net/web/procedural_manual.jsp).

<sup>27</sup> Come rilevano, tra gli altri, A. Herwig, "Transnational Governance Regimes for Foods Derived from Bio-Technology and their Legitimacy", in C. Joerges, I.J. Sand, G. Teubner, (cur.), *Transnational*





trasparenza e partecipazione (prevedendo, per esempio, una procedura di *notice – and – comment* volta a consentire agli Stati membri di presentare proprie osservazioni, eventualmente anche dopo aver ascoltato i soggetti interessati a livello nazionale<sup>28</sup>), le tecniche di *standard – setting* utilizzate dalla Codex Alimentarius Commission, nella maggior parte dei casi, non permettono, comunque, ai cittadini, di esercitare un controllo effettivo sull'attività regolatoria, né direttamente, al livello globale, né indirettamente sul piano nazionale. E ciò, principalmente per due ragioni, (1) l'incapacità (o la mancanza di volontà da parte) delle amministrazioni nazionali di coinvolgere i cittadini nei meccanismi di definizione degli standard e (2) l'esistenza di un *regime complex*, ovvero di un collegamento tra gli standards adottati dalla Codex Alimentarius Commission e gli Accordi della WTO sulle misure sanitarie e fitosanitarie (*Agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary measures – SPS*) e sulle barriere tecniche al commercio (*Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT*)<sup>29</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto occorre, infatti, osservare che la partecipazione dei cittadini ai procedimenti di *standard – setting* è spesso funzione di una scelta deliberata delle autorità nazionali, alle quali spetta, in ultima istanza, il compito di pubblicizzare l'adozione di uno standard alimentare e di consentire, a quanti ne abbiano interesse, di presentare le proprie osservazioni. Con la conseguenza che la partecipazione degli interessati all'attività di *standard – setting* della CAC varia considerevolmente in relazione alle possibilità di accesso garantite sul piano nazionale, oltre che alle capacità economiche, e alle risorse organizzative e conoscitive di cui essi dispongono.

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo, ovvero l'esistenza di un collegamento tra la Codex Alimentarius Commission e gli Accordi WTO sulle misure sanitarie e fitosanitarie e sugli ostacoli tecnici agli scambi, è necessario osservare che per effetto del *regime complex*, pur non essendo di per sé giuridicamente vincolanti, gli standards adottati nell'ambito della Codex, finiscono ugualmente per condizionare le scelte regolatorie degli Stati membri, forzandoli a rivedere la legislazione con essi incompatibile, pena una violazione del diritto del commercio internazionale<sup>30</sup>. Con la conseguenza che standards internazionali adottati in assenza di controllo democratico da parte dei soggetti che ne sono direttamente interessati entrano a pieno titolo nell'ordinamento giuridico nazionale, incidendo anche sulla garanzia di diritti costituzionalmente tutelati, come, quello alla salute.

---

*governance and constitutionalism*, Oxford-Portland, Hart Publishing Ltd., 2004, 220 e D. Bevilacqua, "Le "amministrazioni tecniche": l'autorità europea per la sicurezza alimentare e i joint FAO/WHO expert committees. Un'analisi comparata", in S. Battini e al., (a cura di), *Sistemi regolatori globali e diritto europeo*, Riv. trim. dir. Pubbl., Quaderno 6, 2011, p. 132 ss.

<sup>28</sup> La procedura di *notice – and – comment*, che è come noto di derivazione anglosassone, viene di norma utilizzata nell'ambito dei procedimenti di *rule-making* (ovvero quei procedimenti volti all'adozione di atti normativi e generali), per consentire agli interessati di formulare le proprie osservazioni prima dell'adozione dell'atto terminale del procedimento.

<sup>29</sup> Il termine "*regime complex*" è stato coniato da K. Raustiala, D.G. Victor, *The regime complex for plant genetic resources*, in *Int. J. Org.*, 28, 2004, 277, per esprimere il legame esistente tra vari regimi regolatori.

<sup>30</sup> Cfr. art. 3 Accordo SPS e art. 2 Accordo TBT. Per un'analisi delle implicazioni della connessione tra il regime globale del commercio e la definizione degli standards alimentari internazionali, si v. F. Veggeland – S.O. Borgen, *Negotiating International Food Standards: The World Trade Organization's Impact on the Codex Alimentarius Commission*, in *Gov.*, 18, 4, 2005, p. 675 ss.



In teoria, la trasparenza del procedimento di *standard – setting* e la partecipazione dei soggetti interessati dovrebbe essere, comunque, assicurata dal rispetto dei principi e delle regole contenute nel *Procedural Manual*, ivi incluse le norme relative alle procedure di *notice – and – comment* delle quali si è già detto. In realtà, invece, la partecipazione del pubblico alle decisioni della Codex è limitata a quanti possiedono le risorse economiche (e organizzative) necessarie a sostenere i costi della partecipazione. Cioché, procedure, in linea di principio, neutrali finiscono per divenire, *de facto*, uno strumento di discriminazione, a vantaggio degli attori economicamente più forti<sup>31</sup>.

Se, infatti, da un lato, tali procedure consentono di aumentare l'*accountability* dei regolatori globali agli occhi di alcune *constituencies* nazionali, dall'altro lato, esse approfondiscono il divario esistente con la periferia del mondo, ovvero con quanti non possiedono le risorse, né le capacità tecniche ed organizzative necessarie per potersene avvalere. Non è, del resto, casuale che l'introduzione, nel diritto pubblico globale (inteso come diritto ultrastatale, applicabile nei rapporti tra Stati, organizzazioni internazionali e soggetti privati) di molti principi e istituti di partecipazione sia avvenuto proprio per effetto delle pressioni esercitate dall'Occidente<sup>32</sup>. Oltretutto, se anche è fuor di dubbio che, indipendentemente dalla loro origine, l'ambito soggettivo di applicazione di tali principi ed istituti possa utilmente estendersi sul piano universale, resta nondimeno il fatto che la loro stretta aderenza ai valori sociali ed economici di una determinata tradizione giuridica li rende difficilmente adattabili ad ogni luogo e circostanza. A maggior ragione se si considera che il fondamento teorico di tali principi, per il modo in cui vengono utilizzati all'interno della *global governance*, appare riconducibile al neoliberalismo economico più che ai valori individualistici della cultura giuridica liberale, la cui presunta matrice universalistica costituisce, ancora oggi, oggetto di discussione<sup>33</sup>. Il che non vuol certo dire che non esistano principi condivisi dai vari sistemi giuridici (ne sono un esempio quelli, di giustizia naturale, del *nemo iudex in causa propria* e dell'*audi alteram partem*), quanto piuttosto che il modo in cui questi si atteggiavano varia, anche considerevolmente, in relazione al contesto culturale, prima ancora che economico e giuridico, nel quale essi trovano applicazione<sup>34</sup>.

Con la conseguenza che, per poter essere efficacemente applicati anche in contesti diversi da quello di origine, essi dovrebbero, innanzitutto, emanciparsi dai valori sociali e economici del modello di provenienza<sup>35</sup>. In altri termini, il problema posto dall'imperialismo giuridico non risiede tanto nel contenuto, per così dire, "tecnico-

---

<sup>31</sup> Sul punto v. S. Marks, "Naming global administrative law", in *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, (37) 4, 2006, 997, la quale osserva che "depending on how the procedures and norms are structured, some people in some countries will benefit, while others will face deepening deprivation".

<sup>32</sup> Come nota, tra gli altri, C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", in *Eur. J. Int'l. L.*, 17, 1, 2006, pp. 187- 214, proprio con riferimento al diritto amministrativo globale.

<sup>33</sup> Sul punto cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006 (e, più recentemente Idem, "In difesa di sorella acqua", su *La Repubblica* del 26 marzo 2011), il quale sottolinea le differenze esistenti tra le Costituzioni liberaldemocratiche occidentali e alcune, più recenti, Costituzioni latinoamericane, nelle quali l'individuo è considerato, innanzitutto, persona "in carne e ossa", avente bisogni materiali da soddisfare prima ancora che diritti civili da esercitare.

<sup>34</sup> Su questi aspetti si v., H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007.

<sup>35</sup> Interessanti sono, a tal proposito, le osservazioni di P. Legrand, "The impossibility of legal transplants", in *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 4, 1997, p. 111 ss., il quale giunge, tuttavia, a conclusioni più radicali, negando la possibilità di un innesto.



giuridico” dei principi e degli istituti cui si fa riferimento, quanto, piuttosto, nel modo in cui questi vengono imposti ed applicati. Tale affermazione si basa sulla constatazione pratica che gli istituti e i principi della tradizione giuridica occidentale su cui si fonda il diritto (amministrativo) globale e, su tutti, quello sopra richiamato della *rule of law*, vengono, di fatto, utilizzati dalle istituzioni della *global governance* in maniera strumentale, per imporre un modello di sviluppo economico fondato sulla promozione e la tutela della proprietà privata. Esempio è, a tal proposito, il caso della *governance* mondiale dell’acqua.

## 2.2 Il caso della *governance* mondiale dell’acqua

Si è già detto come, a partire dai primi anni novanta, la presenza delle multinazionali o, comunque, dei privati, nella gestione e nella fornitura dei servizi idrici, sia andata progressivamente aumentando<sup>36</sup>. Un tale fenomeno, favorito dal riconoscimento, a livello internazionale, del valore economico dell’acqua, ha assunto proporzioni significative soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, dove la privatizzazione delle risorse idriche è stata accompagnata dall’affidamento dei servizi di approvvigionamento e somministrazione di acqua potabile a multinazionali americane ed europee, soprattutto francesi, come Suez e Veolia<sup>37</sup>. Nel 1995, proprio quest’ultima (all’epoca denominata Compagnie Générale des Eaux, e, poi, Vivendi) ottenne in concessione dalla provincia argentina di Tucumán il servizio di fornitura di acqua potabile e di gestione del sistema fognario. L’ingresso dei privati nel mercato dei servizi idrici, diversamente da quanto sostenuto dalla Banca mondiale ancora nel 2004, non aveva prodotto, però, nel caso di Tucumán, alcun effetto positivo, né in termini di qualità, né in termini di costi, originando al contrario una lunga e intricata vicenda legale, sfociata in un contenzioso davanti ai giudici nazionali ed a quelli arbitrali dell’International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), un organismo internazionale, collegato alla stessa Banca mondiale, il cui compito è quello di gestire, attraverso procedure di conciliazione ed arbitrato, le controversie relative agli investimenti stranieri nei Paesi membri (attualmente 147).

Senza entrare nei dettagli della vicenda – già da altri ampiamente analizzata<sup>38</sup> – è sufficiente qui rilevare che, a seguito della gestione inefficiente del servizio e della crescita di oltre il 100% dei costi in bolletta, la popolazione di Tucumán iniziò, già due anni dopo l’affidamento della concessione alla Vivendi, una massiccia protesta risoltasi con la rescissione del contratto ed il ritorno in mano pubblica della gestione e dell’erogazione dei servizi di fornitura dell’acqua potabile, il tutto al prezzo di un arbitrato internazionale durato più di un decennio e concluso, nell’agosto 2010, con un

---

<sup>36</sup> Secondo i dati contenuti nella *Water Utilities: Global Industry Guide* (Dublino, Research and Markets, 2010), nel 2000, oltre novanta Paesi avevano già privatizzato in tutto o in parte la fornitura dei servizi idrici. Sull’argomento si v. G. LeClerc, T. Raes, *A World Financial Issue*, Parigi, PricewaterhouseCoopers series “Sustainable Development”, 2001.

<sup>37</sup> L’equazione “acqua = bene economico” risale al 1992, quando a seguito dell’adozione della Dichiarazione di Dublino, avvenuta al termine dell’International Conference on Water and the Environment, si affermò il Principio in base al quale “water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good”.

<sup>38</sup> Cfr., per tutti, B. Morgan, “Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law”, cit.



risarcimento di oltre 105 milioni di dollari a favore della multinazionale francese<sup>39</sup>. Per quel che più interessa in questa sede, la vicenda rileva sotto almeno tre diversi profili. Innanzitutto, essa evidenzia un uso strumentale dei principi e degli istituti di cui si compone la *rule of law*. In secondo luogo, essa rivela come le istituzioni della *global governance* tentino di realizzare l'armonia sociale, attraverso procedure di soluzione delle controversie fondate sulla conciliazione piuttosto che sulla *litigation*. In terzo luogo, essa mette in luce i condizionamenti, anche culturali, attraverso i quali avviene la mutazione giuridica al livello locale.

Per quanto concerne il primo profilo, è a tutti noto che corollario principale della *rule of law* è l'indipendenza e l'imparzialità del giudice. Ebbene, quando nel 2007 l'Argentina fu condannata dal tribunale arbitrale internazionale dell'ICSID a risarcire la Vivendi, per violazione del contratto sottoscritto con il governo provinciale di Tucumán, uno dei tre arbitri componenti il collegio arbitrale risultava esser membro del consiglio di amministrazione dell'UBS, all'epoca principale azionista della Vivendi. Il comitato ad hoc, successivamente istituito dall'ICSID allo scopo di valutare la richiesta del governo argentino di annullare il lodo arbitrale che ne era conseguito (a norma dell'art. 52 della Convenzione istitutiva), pur riconoscendo l'esistenza del problema concluse, tuttavia, che il giudizio dell'arbitro appariva indipendente, escludendo la sussistenza di qualsiasi violazione dei principi del *due process of law* e dell'eguaglianza delle parti del procedimento<sup>40</sup>. Un epilogo sicuramente sorprendente, soprattutto se si tiene conto del fatto che in *foro domestico*, il giudice nazionale, interpellato dall'Ombudsman di Tucumán – il quale aveva a sua volta intentato un'azione collettiva contro la Vivendi – si era, invece, astenuto per l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi, derivante, a suo giudizio, dall'aver omesso di pagare alla multinazionale francese il canone per la fornitura dell'acqua.

Sotto il secondo profilo, la vicenda può essere ben ricondotta ad una strategia di armonizzazione del dissenso messa in atto dalle istituzioni della *global governance* come “parte del pacchetto di riforme giuridiche” funzionali agli investimenti economici delle multinazionali occidentali<sup>41</sup>. Si potrebbero così spiegare la preferenza per l'arbitrato e l'ostruzionismo posto in essere a livello nazionale, dove, malgrado una clausola del contratto di concessione con la Vivendi specificasse la competenza del foro domestico, ben cinque giudici nazionali avevano consecutivamente negato la propria giurisdizione in materia, incoraggiando, in questo modo, il sospetto di pressioni esercitate dall'esterno (e più precisamente, dalla Banca mondiale)<sup>42</sup>.

Infine, sotto il terzo e ultimo profilo, il caso di Tucumán dimostra come l'imposizione di un modello di rapporti fondato sui valori della tradizione giuridica occidentale, e più in particolare sui valori di efficienza e pragmatismo riconducibili alla struttura economica capitalista, avvenga attraverso un processo di egemonia culturale, facilitato da un'élite di burocrati internazionali e di giuristi, anche nazionali, “organici” al gruppo dominante dei Paesi industrializzati più avanzati dell'Occidente.

---

<sup>39</sup> Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, *on line* sul sito dell'ICSID: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>

<sup>40</sup> Ivi, § 238.

<sup>41</sup> In tal senso v. U. Mattei, L. Nader, *op. cit.*, p. 84 ss.

<sup>42</sup> Sul punto, v. B. Morgan, *Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law*, cit., p. 231.



Per comprendere, più a fondo, i meccanismi attraverso i quali si realizza un tale processo egemonico, può essere utile considerare simultaneamente i due ultimi aspetti. Si è detto, infatti, che il ricorso a un modello di composizione delle controversie fondato sulla conciliazione e la ricerca del consenso piuttosto che sulla risoluzione giudiziale e sul conflitto può essere ascritto – d'accordo con Mattei e Nader<sup>43</sup> – al pacchetto di riforme giuridiche promosse dalle istituzioni della *global governance* per favorire un ordine globale funzionale agli interessi economici dell'Occidente. Secondo una tale chiave di lettura, la promozione del modello conciliatorio rappresentato dall'arbitrato internazionale, si spiegherebbe proprio con l'intenzione di eliminare alla radice il potenziale contro-egemonico rappresentato dall'applicazione della *lex loci*, favorendo, per converso, l'applicazione della *lex mercatoria*, la quale – essendo “diritto transnazionale delle transazioni economiche” – risponde ai bisogni degli attori privati globali, e in particolare delle *corporations* occidentali, piuttosto che alle costituzioni politiche dei singoli Stati – Nazione<sup>44</sup>. Più precisamente, nella vicenda in questione, il ricorso all'ICSID – anche grazie alla complicità dei giudici nazionali e dell'*élite* di governo<sup>45</sup> – sarebbe servito a controllare i movimenti sociali contrari alla privatizzazione dei sistemi di distribuzione delle risorse idriche, determinando, quantomeno sul fronte internazionale, la vittoria del modello compromissorio favorevole alla Vivendi.

### 3. Osservazioni conclusive

Quanto finora osservato suggerisce come la diffusione a livello globale di alcuni principi e istituti tipici del diritto amministrativo, in particolare di quello statunitense – la cui influenza nell'ambito della *global governance* è ormai ampiamente riconosciuta anche in dottrina<sup>46</sup> – risulti, spesso, il prodotto di una nuova spinta imperialista dell'Occidente, attuata attraverso un processo di egemonia culturale, volto a perpetuare la posizione dominante dei Paesi industrializzati più avanzati e dei loro attori economici.

Nelle pagine precedenti si è tentato, pur senza alcuna pretesa di completezza, di porre in luce le dinamiche di un tale processo, fondato su un connubio di forza (del diritto – imposto per mezzo di *regime complexes*, ritorsioni commerciali e condizionalità economiche) e consenso (costruito mediante la propaganda, a livello locale, di principi e valori tipici della tradizione giuridica occidentale). A tale scopo, si è voluto fare riferimento ad alcuni casi concreti concernenti la *governance* di beni comuni, come l'acqua e le risorse alimentari. Si è potuto, così, constatare come attraverso la costruzione di quello che, in termini gramsciani, potrebbe essere definito un “blocco storico” tra i Paesi industrializzati più avanzati e l'*élite* di burocrati internazionali e

---

<sup>43</sup> V., *supra*, nota n. 3.

<sup>44</sup> Come sottolinea G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.

<sup>45</sup> Sul punto, B. Morgan, *Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law*, cit., 230.

<sup>46</sup> In argomento, si v. G. Napolitano,

G. Napolitano, (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, p. 39 ss. e R.B. Stewart, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 3&4, 2005, p. 63 ss.





giuristi delle istituzioni di *global governance*, sia venuto delineandosi un ordine giuridico globale volto a mascherare dietro una facciata di legittimità e *procedural fairness* il tentativo, da parte dell'Occidente, di controllare e sfruttare i beni comuni e le risorse naturali collocate nei Paesi in via di sviluppo.

Se questo è il quadro giuridico attuale, così come esso ci appare dall'analisi fin qui svolta, la soluzione al problema dell'imperialismo giuridico occidentale dovrebbe essere ricercata, secondo il nostro punto di vista, nella "diversità sostenibile", ovvero nel riconoscimento del valore delle differenze culturali e del pluralismo giuridico. Il che non vuol certo dire cedere al relativismo e, dunque, accettare la legittimità, sul piano universale, di qualsiasi norma giuridica riconosciuta come tale all'interno degli ordinamenti più disparati, quanto piuttosto accettare (e non semplicemente tollerare) l'esistenza di tradizioni giuridiche diverse dalla nostra<sup>47</sup>.

Dal punto di vista del diritto (amministrativo) globale, ciò implica la necessità di verificare, mediante il dialogo e il confronto tra modelli giuridici diversi (e, talvolta, antagonisti) l'esistenza di principi e istituti riconosciuti come universalmente validi, ma anche l'elaborazione di nuovi paradigmi, fondati, se necessario, sull'ibridazione<sup>48</sup>.

Nel caso della *governance* globale dell'acqua, per esempio, dove alle tradizioni giuridiche locali – alcune delle quali, peraltro, con una precisa impronta culturale<sup>49</sup> – si è tentato di sovrapporre e, talvolta, persino, di imporre modelli giuridici esogeni, la diversità sostenibile potrebbe essere realizzata attraverso l'ibridazione tra più modelli, ovvero mediante la ricerca di possibili convergenze, piuttosto che un uso egemonico del diritto occidentale. Particolarmente illustrativo è sotto questo profilo il caso dell'India, dove le proteste della comunità di Plachimada contro la Coca-Cola Company, colpevole di aver abusivamente sfruttato le falde freatiche della regione oltre i limiti consentiti dal contratto sottoscritto con le autorità locali, hanno determinato l'intervento dell'Alta Corte del Kerala, la quale, richiamandosi alla dottrina del *public-trust* – parte integrante della *common law*, ma le cui origini risalgono, come noto, al diritto romano – ha deciso il ritiro della licenza concessa alla multinazionale di Atlanta<sup>50</sup>. L'istituto del *public trust*, già in precedenza richiamato nella giurisprudenza della Corte Suprema dell'India (caso *M.C. Mehta v. Kamal Nath*, 1997 [388]), pur avendo origini occidentali ha mostrato di avere un ambito soggettivo potenzialmente universale. Esso è stato, infatti, utilizzato, oltre che in tutti i Paesi di *common law*, anche nel diritto islamico e in vari ordinamenti giuridici di Africa, Asia e America latina, a testimonianza del fatto che, se slegati dai valori sociali ed economici della tradizione giuridica occidentale, i principi e gli istituti che da questa promanano possono, a certe condizioni (come, per esempio, la spontanea accettazione o la loro comprovata efficacia), essere utilmente applicati anche

---

<sup>47</sup> Sul concetto di "diversità sostenibile" cfr. H.P. Glenn, cit.

<sup>48</sup> Un argomento, quest'ultimo, già affrontato in F. Spagnuolo, "Diversity and Pluralism in Earth System Governance: Contemplating the Role for Global Administrative Law", in *Ecol. Econ.*, 70 (2011), 1875-1881.

<sup>49</sup> Come ben evidenziato in J. W. Dellapenna, J. Gupta, (cur.), *The Evolution of the Law and Politics of Water*, Heidelberg, Springer, 2008, con riferimento ad alcuni ordinamenti di diritto islamico.

<sup>50</sup> High Court of Kerala, 16 dicembre 2003, WO (C) 34292 del 2003 (G). Il caso di Plachimada, e altri analoghi casi, relativi allo sfruttamento di risorse idriche da parte di multinazionali straniere, è illustrato da V. Shiva, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge MA, South End Press 2002; e Idem, *Earth Democracy. Justice, Sustainability, and Peace*, Cambridge MA, South End Press, 2005, 185 ss.





altrove<sup>51</sup>. Lo stesso vale, del resto, anche all'opposto. Principi e istituti provenienti da tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale possono trovare applicazione a livello globale e penetrare, per questa via, negli ordinamenti giuridici occidentali. Ciò è accaduto, per esempio, con la clausola di *Hardship*, nata nel diritto cinese, recepita nei Principi UNIDROIT del 1994 ed approdata, con la riforma del 2002, nel Codice civile tedesco (BGB). Tale clausola, al sopravvenire di squilibri fra le prestazioni contrattuali - a causa di eventi successivi alla stipulazione del contratto - consente alla parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione del contratto, in applicazione di un principio di equità correttiva che si configura in maniera ben più ampia del canone di buona fede utilizzato in molti diritti nazionali occidentali<sup>52</sup>.

Perché tutto questo avvenga è, tuttavia, necessario abbandonare l'idea della superiorità della tradizione giuridica occidentale e guardare alle altre tradizioni e culture giuridiche con lenti nuove e senza preconcetti<sup>5354</sup>.

---

<sup>51</sup> Sull'istituto del public trust si v. J.L., Sax, "The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention", in *Mich. L. Rev.*, 68, 3, p. 471. Con specifico riferimento al diritto islamico cfr. S. Murthy, "Iraq's Constitutional Mandate to Justly Distribute Water: The Implications of Federalism, Islam, International Law and Human Rights", in *Geo. Wash. Int'l. Rev.*, 42, 2011. Mentre, per una ricognizione di vari ordinamenti nazionali di Africa, Asia e America latina, si v. M. C. Blumm, e R. D. Guthrie, "Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision", in *UCDL Rev.*, 44, 2012.

<sup>52</sup> Sul tema v. F. Galgano, *op. cit.*

<sup>53</sup> Si v., in senso conforme, R. Peerenboom, *Varieties of rule of law. An Introduction and provisional conclusion*, in Id., (a cura di), *Asian Discourses of Rule of Law*, Londra, Routledge, 2004, p. 46.

<sup>54</sup> Il presente articolo riprende e sviluppa il testo della Relazione presentata dall'A. al XXI Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Panel "Governance, Nomography and Hegemonies", Università Cà Foscari Venezia, 9-11 giugno 2011.

# L'“umanesimo militare” e la spoliticizzazione della guerra

Edoardo Greblo

## 1. La guerra, “giusta” e “buona”

Alla fine del 2011 gli ultimi soldati americani hanno lasciato l'Iraq. Il processo di ritiro delle truppe e il completo trasferimento dei poteri in materia di sicurezza hanno così posto ufficialmente fine a una guerra la cui durata è stata seconda soltanto a quella del Vietnam. L'inedita combinazione di umanitarismo e forza militare, che ha guidato l'intervento di una potenza intenzionata a sfruttare la propria superiorità per ridefinire gli assetti del mondo postbipolare, si è alimentata di un discorso sulla sicurezza che ha programmaticamente inteso recuperare l'ideologia della “guerra giusta”: da risposta razionale e pragmatica all'insicurezza dello Stato la guerra è stata giustificata in funzione delle ragioni morali che impongono di intervenire con la forza militare ogni qualvolta si verificano massicce e sistematiche violazioni dei diritti dell'uomo. In altre parole, la guerra può essere non soltanto “necessaria” o “inevitabile”, ma vi può anche essere la “buona” guerra.<sup>1</sup> La guerra è un atto di “ingerenza umanitaria”, una risposta coercitiva volta a porre fine ad atrocità talvolta così spaventose da imporre l'intervento militare diretto anche quando non toccano direttamente alcun interesse nazionale. I criteri di giudizio sulla legittimazione della guerra sono stati così trasposti dal terreno del diritto internazionale, che contempla soltanto guerre legali o illegali, al terreno in cui si ritiene possano trovare applicazione globale i principi astratti di una morale universalistica. In questo caso, occorre ispirarsi a un'altra distinzione: quella tra guerre “giuste”, che non hanno alcuna finalità di conquista territoriale e sospendono solo provvisoriamente la sovranità di uno Stato in nome della legittima indignazione morale per le più grossolane e macroscopiche violazioni dei diritti dell'uomo, e guerre “ingiuste”, che si pongono invece lo scopo di creare nuove disegualianze tra vincitori e vinti. “L'“intervento umanitario” armato, per lo meno dal punto di vista dei membri chiave della comunità internazionale, non è più solo una forma di guerra, ma è diventato virtualmente sinonimo di ciò che va considerato come guerra ammissibile”.<sup>2</sup>

E anzi, nella sua formulazione attuale, l'uso delle armi in campo internazionale viene sempre più associato a un obbligo, alla responsabilità cioè di trasformare gli univoci doveri “negativi” di desistere da guerre di aggressione e da crimini contro l'umanità al dovere “positivo” di servirsi a scopo umanitario della forza militare in nome della

---

<sup>1</sup> P. Lawler, *The Good War After September 11*, in “Government and Opposition”, 2, 2002, pp. 171-172; M. Shaw, *Return of the Good War?*, all'indirizzo <http://www.theglobalsite.ac.uk/press/104shaw.htm>.

<sup>2</sup> P. Lawler, *The Good War After September 11*, cit., p. 151. Sulle ambiguità dell'umanitarismo, M. Bettati, *Le droit d'ingérence: Mutation de l'ordre International*, Paris, Odile Jacob, 1996; A. Donini, *The Far Side: the Meta Functions of Humanitarianism in a Globalized World*, in “Disaster”, 2, 2010, pp. 220-237, e P. Macklem, *Humanitarian Intervention and the Distribution of Sovereignty in International Law*, in “Ethics & International Affairs”, 4, 2008, pp. 369-393.



“responsabilità di proteggere” le popolazioni da genocidi, crimini di guerra, pulizia etnica e crimini contro l’umanità.<sup>3</sup> Con l’introduzione del principio di intervento umanitario quale scelta obbligata per la tutela dei diritti dell’uomo, in mancanza di opzioni alternative per la repressione di situazioni insostenibili, la guerra è divenuta per certi aspetti assimilabile a una sorta di “azione di polizia” internazionale, a conferma della tendenza alla ri-legittimazione della guerra osservata da Martin Shaw.<sup>4</sup> La dottrina della guerra “giusta”, o persino “buona”, concepisce gli interventi militari occidentali come se si trattasse di interventi regolati da un *common law* universale la cui applicazione è demandata a una magistratura internazionale, e quindi come una risposta doverosa a situazioni di *supreme emergency*, a fatti ed eventi che costituiscono l’“incarnazione del male nel mondo” e rappresentano una “minaccia radicale ai valori umani”.<sup>5</sup> Stando alle sue attuali riformulazioni, con le quali si cerca di ripristinare categorie politiche dimenticate, l’uso della forza militare non risulta più necessariamente collegato a una posizione di parte o a un interesse selettivo, ma a orientamenti ispirati a valori universali (libertà, democrazia, diritti umani). A ispirare la dottrina della guerra “giusta” contro gli Stati che fanno la guerra ai loro popoli con pulizie etniche o genocidi non è la prospettiva di una legalizzazione delle relazioni internazionali, ma “un più ampio schema morale, culturale e umanistico”<sup>6</sup> che fa leva, per un aspetto, sulla difesa dei diritti umani, cioè sull’affermazione *anche armata* della democrazia occidentale (e ciò fin dai tempi delle guerre balcaniche), e per l’altro sulla negazione del nemico, sulla lotta al terrorismo. La guerra “giusta” riposa sulla netta distinzione di valore fra democrazia e dittatura, fra i diritti umani e la loro negazione fondamentalistica, e tende quindi a aderire – con la sua logica dei valori, con la sua svalorizzazione del nemico – all’idea e alla pratica della guerra propria dell’età globale, ossia alla sua conflittualità fra morali sempre più semplificate. Una “buona” guerra è una guerra moralmente necessaria. Si combatte non solo contro un nemico o una minaccia, ma contro un oltraggio morale,<sup>7</sup> dando così attuazione alla guerra del bene contro l’“asse del male” nella cornice di una politica postnazionale improntata a una sorta di “umanesimo militare” che intende far rispettare i diritti umani al di là dei confini nazionali”.<sup>8</sup> Alla legalizzazione delle relazioni internazionali subentra

---

<sup>3</sup> L’espressione viene utilizzata per indicare l’impegno della comunità internazionale, attraverso le Nazioni Unite, volto a prevenire e a reagire, anche militarmente, a gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani all’interno di uno Stato nella eventualità che questo non sia in grado o non abbia la volontà di adempiere alla sua responsabilità primaria di fare fronte a simili situazioni. Il documento in questione è allegato alla risoluzione A/RES/60/1 adottata dall’Assemblea Generale il 24 ottobre 2005. Della “responsabilità di proteggere” si occupano i paragrafi 138 e 139 del documento.

<sup>4</sup> M. Shaw, *Risk-transfer Militarism and the Legitimacy of War after Iraq*, all’indirizzo <<http://www.theglobalsite.ac.uk/press/402shaw.htm>>.

<sup>5</sup> M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 1992, trad. it. della prima edizione (1977), Napoli, Liguori, 1977.

<sup>6</sup> R. Falk, *Legality to Legitimacy. The Revival of the Just War Framework*, all’indirizzo <<http://hir.harvard.edu/interventionism/legality-to-legitimacy>>.

<sup>7</sup> M. Shaw, *Return of the Good War?*, cit.

<sup>8</sup> Cfr. N. Chomsky, *The New Military Humanism, Lessons from Kosovo*, London, Pluto Press, 1999; trad. it. *Il nuovo umanesimo militare*, Trieste, Asterios, 2000; U. Beck, “Il soldato Ryan e l’era delle guerre post-nazionali”, in AA. VV., *L’ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Milano, Reset, 1999, pp. 68-69.



l'eticizzazione della politica mondiale perseguita da un egemone animato da “buone” intenzioni.

La tesi che si intende sostenere nelle pagine che seguono è che la matrice teorica della regressione alle retoriche di giustificazione del *bellum justum*, alla ideologia delle “giuste cause” della guerra, sia rappresentata dalla teoria delle “nuove” guerre – associata generalmente alle analisi di Mary Kaldor<sup>9</sup>. L'idea che le guerre “tradizionali” tra Stati sovrani che si scontrano a livello internazionale siano diventate, dopo la fine della Guerra fredda, l'eccezione piuttosto che la regola e che un numero sempre crescente di conflitti armati vada classificato nella fattispecie delle guerre civili o interne oppure in quella delle azioni di polizia o dei conflitti “striscianti”, nei quali distinguere tra combattenti e non-combattenti e tra aggressori e aggrediti risulta sempre più complesso, è divenuta la cornice interpretativa che domina i discorsi sulla sicurezza elaborati sia nel mondo degli intellettuali *liberal*, sia in quello degli architetti neoconservatori della guerra al terrorismo. Il contesto di inserimento delle analisi di Kaldor sulla “violenza organizzata nell'età globale” è dato da una più ampia ricerca sulla *governance* globale – un progetto politico cosmopolitico fondato sull'idea che le concezioni ormai superate sulla sovranità e sulle prerogative assegnate allo Stato non dovrebbero essere tali da impedire l'applicazione di tutte le misure necessarie capaci di porre fine alle atrocità connesse alla violenza destatalizzata o alle politiche dei governi coinvolti nelle pulizie etniche o in attentati terroristici. Si tratta di un modello interpretativo che spiega la singolare convergenza tra la posizione dei cosmopoliti di “sinistra” e quella dei cosmopoliti di “destra”, uniti dalla convinzione che la tutela internazionale dei diritti dell'uomo debba essere anteposta alla sovranità degli Stati. La “sovranità esterna” di uno Stato, non diversamente dalla sua “sovranità interna” esercitata nei confronti dei propri cittadini, non può essere considerata una prerogativa assoluta e illimitata, specie nel contesto di una società planetaria che i processi di integrazione rendono sempre più coesa e carica di interdipendenze funzionali. Perciò, sia per gli uni che per gli altri, quando un governo calpesta i diritti fondamentali dei suoi cittadini o commette crimini contro l'umanità, la comunità internazionale ha non solo il diritto, ma anzi l'obbligo, di intervenire. In altre parole, la teoria delle “nuove guerre” serve, anche al di là delle sue finalità esplicite, a dare ragione della serie di misure *anche* militari volte alla difesa dei valori umani e del cosmopolitismo, di cui finisce per essere l'accompagnamento e la legittimazione.

Tra la motivazione “umanitaria” come *justa causa belli* e il dibattito sulle “nuove” guerre vi è in sostanza un rapporto di complementarità. E anzi, la pretesa che l'uso internazionale della forza non sia soltanto qualcosa di moralmente *giustificabile*, ma piuttosto qualcosa di eticamente e giuridicamente *dovuto* anche al di fuori delle ipotesi previste dalla Carta delle Nazioni Unite e consentite dal diritto internazionale generale, dipende in larga misura dalla teoria delle “nuove guerre”. L'idea – e la prassi – che legittima l'eventualità che la sovranità degli Stati subisca deroghe richiede anzitutto che

---

<sup>9</sup> M. Kaldor, *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, Cambridge, Polity Press, 1999; trad. it. *Le nuove guerre. La violenza organizzata dell'età globale*, Roma, Carocci, Roma 1999. È significativo che questo paradigma critico sia stato elaborato a partire da una riflessione sulle guerre balcaniche. Sulla guerra come vero e proprio “sistema” che si instaura in un contesto mutato, di globalizzazione e finanziarizzazione delle risorse, si veda anche M. Duffield, *Guerre Postmoderne: L'aiuto umanitario come tecnica politica di controllo*, Bologna, Il Ponte, 2004.



sia possibile distinguere chiaramente tra un uso della forza come “affare di Stato” – che comporta la “messa in forma” della guerra, e cioè, tra l’altro, il rispetto della distinzione tra civili e militari, tra pubblico e privato, tra interno ed esterno, tra nemico e criminale – e un uso della forza che fa collassare tutte queste distinzioni, sino a rendere indistinta la stessa distinzione fondamentale, quella tra guerra e pace. Per l’Occidente, la possibilità di sviluppare una capacità d’azione nella politica mondiale che possa essere considerata assimilabile a interventi di polizia internazionale richiede che il nuovo tipo di violenza organizzata che contraddistingue i conflitti extraoccidentali possa essere considerato non confrontabile con quelli del “nostro” (più meno recente) passato. Mentre in Occidente la guerra è stata teorizzata e praticata con lo scopo di realizzare le grandi unità statuali, il declino del ruolo regolatore dello Stato, titolare storico e anche giuridico del potere di guerra, alimenta una forma di violenza organizzata che vede protagoniste entità per lo più informali, che si nutrono della globalizzazione producendo un tipo di guerra – “nuovo” appunto, secondo Mary Kaldor – che non corrisponde a nessuno dei canoni tradizionali che le venivano riconosciuti, a partire dal modello clausewitziano a cui ci si era abituati.<sup>10</sup> La trasformazione del “diritto internazionale di guerra” in quel “diritto internazionale umanitario” che, a sua volta, trasforma la guerra in una operazione di polizia rivolta contro criminali ed elementi “nocivi”, si basa, in altre parole, sull’ipotesi della novità delle guerre, con riferimento tanto all’originalità dei loro scopi, quanto ai metodi di combattimento, quanto alle tecniche di finanziamento. Il punto è che la teoria della “nuova” guerra non si limita a individuare e descrivere le “nuove” forme di violenza organizzata, e neppure che la sua prospettiva descrittiva sia stata strumentalmente messa al servizio della faccia potestativa e violenta dell’Occidente, che ha sinora prevalso su quella relativista e democratica. Ma che, invece, la sua valenza analitica è condizionata in senso limitativo dalla subalternità a un preciso modello normativo, e in particolare dall’adesione a un ideale generico e indeterminato come il senso “morale” dell’umanità – un ideale normativo che, proprio a causa della sua indeterminatezza, crea quella sorta di dissonanza cognitiva che si presenta ogni qual volta il carattere formale delle pretese universalistiche si scontra con la natura particolaristica degli interessi reali.

## 2. Che cosa c’è di nuovo nelle “nuove” guerre?

Secondo Kaldor, la fine della Guerra fredda ha significato non tanto una “rivoluzione negli affari militari”, quanto una rivoluzione nelle relazioni sociali della guerra – accentuando le linee di divisione tra quanti dispongono delle risorse economiche, del controllo dei mezzi di comunicazione, della libertà di movimento e quanti vivono invece al di sotto di ogni soglia di povertà, non accedono all’informazione, non hanno nessuna possibilità di spostamento a causa del regime dei visti e dei costi di viaggio. Il nucleo fondamentale della sua prospettiva è costituito dall’analisi della “economia di guerra globalizzata”. Mentre nelle grandi guerre del passato l’economia era lo strumento fondamentale dello sforzo bellico nazionale, le nuove guerre, invece che dallo Stato nazionale (che nella condizione di guerra riusciva addirittura a realizzare forme di

---

<sup>10</sup> M. Kaldor, *Inconclusive Wars: is Clausewitz still Relevant in these Global Times?*, in “Global policy”, 1, 2010, pp. 271-281.





compattamento sociale o di solidarietà nazionale) partono dalla sua dissoluzione. Per questo producono frammentazione e devastazione e non si svolgono tra eserciti, ma tra bande e civili, o meglio: contro civili, inermi, disorganizzati e impauriti. Il finanziamento delle attività militari è qualcosa che sta tra l'arcaismo delle razzie compiute dalle truppe nel corso della Guerra dei trent'anni e la postmodernità del finanziamento realizzato mediante il traffico di droga, il contrabbando di armi, la vendita di corpi umani sia al dettaglio (prostituzione) sia all'ingrosso (gli sbarchi di clandestini) eccetera – in una logica nella quale autorità statali e autorità criminali si trovano oggettivamente (e talvolta anche soggettivamente) a colludere. Nell'era della delocalizzazione, la ricerca di forza lavoro più economica porta a delocalizzare anche le guerre, le popolazioni, i centri del potere finanziario, le sedi del potere politico.

Kaldor non è stata la prima a porre l'accento sui mutamenti intervenuti nella natura della violenza organizzata dopo la fine della Guerra fredda. Autori come Enzensberger, Ignatieff e Kaplan avevano attirato l'attenzione sulla differenza tra la concezione tradizionale della guerra e gli aspetti irrazionali e criminali che emergono nelle nuove guerre civili.<sup>11</sup> Altri, come Holsti, avevano osservato come le “guerre di terzo tipo” siano prevalentemente dei conflitti di tipo interno, che scoppiano per lo più in Stati deboli o falliti,<sup>12</sup> oppure, come Keen, avevano sottolineato il ruolo decisivo della motivazione economica nell'insorgere e nel protrarsi di buona parte delle guerre civili postbipolari.<sup>13</sup> Secondo Kaldor, le “nuove guerre” presentano sei distinte caratteristiche.<sup>14</sup> Anzitutto, a) le nuove guerre sono “nuove” e sono “guerre reali” che presentano molte differenze sostanziali rispetto al passato. In secondo luogo, b) le “nuove guerre” “hanno luogo [...] in un contesto di erosione dell'autonomia dello stato e, in alcuni casi estremi, in un contesto di disintegrazione d'esso”. In terzo luogo, c) esse rendono “sempre meno chiare le tradizionali distinzioni tra guerra [e] crimine organizzato”. In quarto luogo, d) di solito scoppiano tra gruppi diversi tra loro per ragioni di etnia, religione o identità nazionale. Per questo possono anche essere presentate come guerre nelle quali coloro che rappresentano una identità politica particolare cooperano nel sopprimere i valori di una civiltà cosmopolita e multiculturale. In poche parole sono guerre scatenate contro chi possiede una mentalità cosmopolita, e non a caso le vittime sono soprattutto civili inermi. La quinta caratteristica delle “nuove guerre” è riconducibile e) alla diffusione di nuove tecniche di combattimento, che tendono a evitare gli scontri diretti tra eserciti regolari e vedono invece protagoniste forze irregolari, paramilitari, polizie e mercenari, con l'effetto di aver rovesciato, nel corso nel Novecento, il rapporto tra vittime militari e vittime civili: nella Prima guerra

---

<sup>11</sup> H.M. Enzensberger, *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1993; trad. it. *Prospettive sulla guerra civile*, Torino, Einaudi, 1994. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001; trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003 (sulla prospettiva di Michael Ignatieff, si veda il “Forum Ignatieff”, a cura di L. Marchettoni, all'indirizzo <<http://www.juragentium.unifi.it/forum/ignatieff/index.htm>>). R. Kaplan, *The Coming Anarchy: How Scarcity, Crime, Overpopulation, Tribalism and Disease are Rapidly Destroying the Fabric of our Planet*, in “The Atlantic Monthly”, febbraio 1994.

<sup>12</sup> K.J. Holsti, *The State, War and the State of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

<sup>13</sup> D. Keen, *The Economic Functions of Violence in Civil Wars*, The International Institute for Strategic Studies, Adelphi Paper, London, N. 320, June 1998.

<sup>14</sup> Le citazioni sono tratte da M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit.; ma si veda anche M. Kaldor e B. Vashee (a cura di), *New Wars*, London Pinter, 1997, e M. Kaldor, U. Albrecht e G. Schméder (a cura di), *The End of Military Fordism*, London, Pinter, 1998.





mondiale rispettivamente di otto a uno, nella seconda in rapporto di parità, nella guerra moderna di uno a otto. L'ultimo attributo saliente delle "nuove" guerre fa riferimento f) alle fonti di finanziamento. La nuova economia di guerra, al contrario di quanto avveniva nelle guerre tradizionali, è "decentralizzata" e dipende fortemente dalle risorse esterne, che includono il commercio illegale di armi, droga o beni pregiati come petrolio e diamanti; e prevede, inoltre, il ricorso all'embargo, con l'effetto di produrre la regressione delle relazioni sociali e l'azzeramento di diritti umani fondamentali quali la salute e l'istruzione, oltre che della vita stessa.<sup>15</sup>

Ora, come è stato osservato, la teoria delle "nuove guerre" è sistematicamente correlata a un certo numero di "associazioni morali"<sup>16</sup> ed è costellata di richiami a termini come "crimini", "saccheggi", "terrore" e "violenza criminale", che evocano in maniera diretta e univoca sentimenti di legittima indignazione morale. Ma si tratta di una teoria plausibile? Per essere plausibili, gli approcci devono potersi appoggiare a evidenze probatorie coerenti con la teoria. Già Barbara Walter, in una delle prime recensioni a *Le nuove guerre*, aveva rilevato come nella teoria di Kaldor fosse invece riscontrabile una significativa "mancanza di prove",<sup>17</sup> una tesi ripresa e confermata da molti altri autori.<sup>18</sup> È naturale chiedersi, allora, che cosa vi sia di realmente "nuovo" nella teoria delle "nuove" guerre.<sup>19</sup>

a) Kaldor pone ripetutamente l'accento sul carattere di "nuova realtà" ascrivibile a un tipo di guerra che non corrisponde a nessuno dei canoni tradizionali, a cominciare dal modello clausewitziano dei "vecchi" conflitti tra Stati a cui eravamo abituati. Chi ha posto sistematicamente a confronto vecchie e nuove guerre ha però raggiunto una conclusione assai diversa: "molte delle 'nuove guerre' sono in realtà la semplice fusione fra differenti guerre interstatali, extrastatali e intrastatali – sono cioè 'vecchie guerre'".<sup>20</sup> E anzi, per qualcuno vi è ragione di sostenere che le guerre "post-nazionali" non sono

---

<sup>15</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit., pp. 13-18.

<sup>16</sup> M.S. Drake, *Sociology and New War in the Era of Globalisation*, in "Sociology Compass 1-2, 2007, p. 643.

<sup>17</sup> B.F. Walter, *Review Article of New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era by Mary Kaldor*, in "American Political Science Review", 2, 2001, p. 520.

<sup>18</sup> M. M.S. Drake, *Sociology and New War in the Era of Globalisation*, cit.; B. Lacina, *Explaining the Severity of Civil Wars*, in "Journal Of Conflict Resolution" 2, 2006, pp. 276-289; B. Lacina e N. P. Gleditsch, *Monitoring Trends in Global Combat: A New Dataset of Battle Deaths*, in "European Journal of Population" 2, 2006, pp. 145-166; E.A. Henderson e D.J. Singer, "New Wars" and Rumors of "New Wars", in "International Interactions", 2, 2002, pp. 165-190; A. Mack, *The Human Security Report*, Oxford, Oxford University Press 2005; E. Melander, M. Öberg e J. Hall, *The 'New War' Debate Revisited: An Empirical Evaluation of the Atrocity of 'New War'*, Uppsala, Uppsala Peace Research Papers N. 9, Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University, 2006; E. Newman, *The 'New Wars' Debate: A Historical Perspective is Needed*, in "Security Dialogue", 2, 2004, pp. 173-189; M. Shaw, *The Contemporary Mode of Warfare? Mary Kaldor's Theory of 'New Wars'*, in "Review of International Political Economy", 1, 2000, pp. 171-80.

<sup>19</sup> Una utile rassegna delle diverse posizioni si trova in P.A. Mello, *In Search of New Wars: The Debate about a Transformation of War*, in "European Journal of International Relations", 2, 2010, pp. 297-309. Ma a suo tempo vi è anche stato chi, analizzando la Guerra civile nigeriana (1967-70), ha scoperto come un "vecchio" conflitto possa perfettamente adattarsi alla teoria delle "nuove" guerre (J. de St. Jorre, *The Nigerian Civil War*, London, Hodder & Stoughton, 1972).

<sup>20</sup> E.A. Henderson e D.J. Singer, "New Wars" and Rumors of "New Wars", cit., p. 165. Cfr. anche S.N. Kalyvas, "New" and "Old" Civil Wars: A Valid Distinction?, in "World Politics", 54, 2001, pp. 99-118.



affatto “nuove”: già nell’età bipolare, infatti, le guerre di decolonizzazione, le guerre di guerriglia e le guerre civili non si sono configurate come “guerre tra Stati”, ma come “guerre dentro gli Stati”. Il conflitto in Vietnam, per esempio, è stato contemporaneamente “guerra asimmetrica” (gli Stati Uniti contro la guerriglia nordvietnamita), “guerra civile” (tra vietcong e governativi del sud), “guerra locale internazionalizzata” (per il coinvolgimento di Cina, Urss e Usa) e “guerra di liberazione nazionale” (contro l’invasore americano, nell’interpretazione nordvietnamita).<sup>21</sup>

b) La crisi della centralità dello Stato nelle forme attuali di conflittualità determinerebbe inoltre il progressivo venir meno delle distinzioni tradizionali tra guerre civili e guerre tra Stati – e anzi, una delle caratteristiche salienti della violenza organizzata nell’età globale consisterebbe nel fatto che le “nuove guerre” sono guerre contro i civili: mentre in passato colpire i civili era un incidente, più o meno frequente, ora essi sono il primo obiettivo delle attività militari. Ciò accade perché le “nuove guerre” sono conflitti interni, variamente configurabili come guerre civili, guerre tribali, etniche o religiose, o guerre economiche scatenate da bande criminali per il controllo di risorse considerate essenziali. E tuttavia, secondo alcuni studi, non solo la percentuale delle guerre definibili come “civili” sta significativamente declinando,<sup>22</sup> ma persino la tesi che poneva l’accento sulla loro prevalenza tra le forme di conflitto armato, databile a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, è stata in seguito “sonoramente smentita”.<sup>23</sup>

c) Kaldor asserisce inoltre che nelle “nuove guerre” risulta sempre più evanescente la distinzione tra guerra e crimine, anche perché la maggior parte della violenza è diretta contro la popolazione civile, obiettivo di uccisioni di massa e vittima di deportazioni forzate. Basta però guardare retrospettivamente alle guerre coloniali condotte dall’Occidente per osservare come le atrocità contro i non combattenti siano tutt’altro che una novità tra le strategie di guerra.<sup>24</sup> Oppure, senza andare così lontano, alle vicende – certo non comparabili – che hanno portato allo sterminio di gran parte della popolazione ebraica da un lato e ai bombardamenti a tappeto delle città tedesche, sino all’uso dell’arma assoluta contro le città di Hiroshima e Nagasaki, dall’altro. Non caso, vi è stato chi si è spinto a sostenere che “il rapporto tra le perdite civili e militari è più basso nel periodo in cui si affermano le ‘nuove guerre’ di quanto non sia stato durante la Guerra fredda”.<sup>25</sup>

d) Neppure la tesi secondo la quale le vecchie guerre sono state combattute in nome di ideologie universalistiche e le “nuove guerre”, invece, sulla base di una particolare identità, sia essa nazionale, religiosa, linguistica o di clan, trova dati empirici che la confermino. Probabilmente, è stato fatto osservare, si è sovrastimato il peso della

---

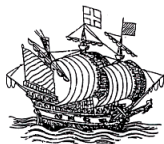
<sup>21</sup> N. Labanca (a cura di), *Guerre vecchie, guerre nuove. Comprendere i conflitti armati contemporanei*, Milano, Bruno Mondadori, 2009.

<sup>22</sup> M. Ross, *Blood Barrels: Why Oil Wealth Fuels Conflict*, in “Foreign Affairs”, 3, 2008, pp. 2-8.

<sup>23</sup> E. Melander, M. Öberg e J. Hall, *The ‘New War’ Debate Revisited*, cit., p. 4.

<sup>24</sup> Cfr., per l’America del Nord nel ‘700 e nell’800, F. Parkman, *France and England in North America*, New York, The Viking Press, 1983, 2 voll., e J. Grenier, *The First Way of War: America’s War Making on the Frontier, 1607-1814*, New York, Cambridge U.P.; per l’Africa, B. Vandervort, *Wars of Imperial Conquest in Africa, 1830-1914*, New York, Taylor and Francis, 2002; per l’Asia meridionale, B. Farwell, *Armies of the Raj: from the Great Indian Mutiny to Independence, 1858-1947*, New York, Norton, 1991.

<sup>25</sup> E. Melander, M. Öberg e J. Hall, *The ‘New War’ Debate Revisited*, cit., p. 38.



politica dell'identità rispetto agli obiettivi ideologici o geopolitici tipici delle epoche precedenti,<sup>26</sup> anche perché la nuova ondata di politica dell'identità è, in genere, una semplice etichetta che serve da copertura a interessi di ben altro genere e natura oppure è un semplice ritorno al passato, una forma di regressione ad appartenenze negate o tenute a freno sotto il colonialismo o la Guerra fredda. Così come, d'altro canto, si è sottostimato il ruolo che le bandiere ideologiche continuano ad avere anche nelle “nuove guerre”.

e) Le nuove guerre sarebbero “nuove”, inoltre, perché combattute, oltre che dagli eserciti regolari, da forze irregolari, paramilitari, polizie, mercenari, persino criminali comuni. Va però osservato, in proposito, come la dottrina delle “nuove guerre” eviti di prendere in considerazione le guerre coloniali combattute dagli europei. E non a caso.

Ora, in generale, la tipologia più frequente di conflitti coloniali è duplice: da un lato vi sono i conflitti tra alcune potenze imperiali rivali per la conquista di un territorio (guerre coloniali interstatali), dall'altro vi sono invece i conflitti all'interno di un territorio già sottomesso a una potenza imperiale (guerra civile coloniale), che prevedono operazioni militari coloniali sia dirette che indirette. Le operazioni dirette implicano due specie di truppe imperiali – quelle provenienti dalla madrepatria e quelle create e organizzate localmente dall'amministrazione coloniale. Molto spesso, sono state le operazioni militari indirette a essere decisive per le sorti delle guerre coloniali. Esse hanno richiesto il “reclutamento etnico”<sup>27</sup> di “banditi indipendenti”.<sup>28</sup> Se però già nelle guerre coloniali le unità che combattevano per procura erano costituite da gruppi mercenari non inquadrati negli eserciti regolari, e che erano comunque parte integrante delle forze che combattevano nella vecchia guerra coloniale, riesce difficile considerare la cosiddetta “privatizzazione della guerra” (o privatizzazione della sicurezza) e il ricorso a compagnie militari private come se si trattasse di aspetti specifici e caratterizzanti delle “nuove” guerre.

Le guerre coloniali possono essere distinte anche a seconda delle diverse forme assunte dalle politiche di alleanza tra truppe coloniali e milizie private. Non sono mancate situazioni in cui le forze di occupazione hanno preferito evitare di stringere alleanze locali e hanno preferito contrastare militarmente ogni forma di ribellione organizzata. Ma vi sono state situazioni in cui le forze di occupazione coloniale hanno scelto di stipulare accordi o alleanze con forze paramilitari “private”. La scelta è dipesa, in genere, dal teatro di combattimento – a seconda cioè che le forze militari coloniali dovessero combattere le forze nemiche *all'interno* del proprio territorio oppure *al di fuori* dei confini coloniali – sul territorio, cioè, occupato da un'altra potenza coloniale. Le prove dunque non mancano: nelle vecchie guerre coloniali l'intervento di milizie private, pronte a servirsi di tattiche di guerriglia che non escludevano certo il ricorso all'arma del terrore contro civili inermi, è sempre stato previsto, esattamente come si verifica nel caso delle “nuove” guerre contemporanee.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> S.N. Kalyvas, *'New' and 'Old' Civil Wars: A Valid Distinction?*, cit., p. 108.

<sup>27</sup> R.B. Ferguson e N. Whitehead, *War in the Tribal Zone: Expanding States and Indigenous Warfare*, School of American Research Press, Santa Fe 1992, p. 21.

<sup>28</sup> H. Peckham, *The Colonial Wars, 1689–1762*, University of Chicago Press, Chicago 1964, p. 2.

<sup>29</sup> Cfr., per il Nordamerica, P. Malone, *The Skulking Way of War: Technology and Tactics among New England Indians*, Madison Books, Lanham 2000; F. Jennings, *Empire of Fortune: Crown, Colonies, and Tribes in the Seven Year War in America*, Norton, New York 1988; J. Grenier, *The First Way of War: America's War Making on the Frontier, 1607-1814*, cit.; per l'Africa, B. Vandervort, *Wars of Imperial*



f) Nei vecchi conflitti coloniali è dato di riscontrare anche l'impiego di molte delle forme di finanziamento da parte delle milizie private, che sembrano caratterizzare le "nuove" guerre. Il saccheggio, per esempio, è pratica purtroppo ricorrente in tutte le guerre, in ogni epoca e a tutte le latitudini. Come è stato sottolineato, "il saccheggio è una pratica antica quanto la guerra stessa".<sup>30</sup> Nelle guerre coloniali, il commercio di armi o di altri valori, caratteristico delle "nuove guerre", era di uso comune. Per esempio, nella lotta tra francesi e inglesi per il controllo dell'America del Nord, sia gli uni che gli altri commerciavano in armi e polvere da sparo con i nativi americani sia per acquistare le pellicce sia per sigillare alleanze.<sup>31</sup> Era d'altro canto pratica abituale, per i commercianti europei di schiavi, servirsi di armi invece che di denaro per effettuare transazioni economiche e scambi commerciali.<sup>32</sup>

### 3. "Nuove" guerre e intervento umanitario

La domanda che sarebbe necessario porsi è perciò la seguente: perché, se le guerre dell'ultimo decennio non sono poi così "nuove", la teoria delle "nuove" guerre è "divenuta il nuovo modello ideologico per l'attuale regime della sicurezza internazionale"?<sup>33</sup> Il problema, in un certo senso, si sposta: più che di decidere se una certa forma di violenza organizzata sia effettivamente un "nuovo" tipo di guerra, si tratta di comprendere le ragioni che spingono a etichettare un atto di violenza con il termine di "guerra" e con l'appellativo di "nuova". A quali finalità risponde questa narrazione? Determina conseguenze politiche? L'11 settembre è stato un episodio ascrivibile alla tipologia delle "nuove guerre" oppure si è trattato di un atto di terrorismo "tradizionale"? E quali sono le implicazioni di queste definizioni? Il linguaggio che si decide di adottare non solo modifica e circoscrive quali siano le azioni che possiamo ritenere possibili, ma condiziona i parametri dei nostri giudici etici e morali. Per esempio: la guerra al terrorismo non contempla un nemico definito, un campo di battaglia delimitato e una vittoria in tempi prevedibili: si tratta di una guerra di tipo "nuovo" oppure non si tratta affatto di una "guerra"? Una guerra di tipo "nuovo" rende inapplicabili le vecchie norme dello *jus in bello*, che imponevano precisi vincoli giuridici alle condotte militari e rendono necessaria l'introduzione di nuove misure giuridiche? La tortura, la detenzione senza processo e persino gli attacchi militari preventivi sono altrettante risposte inevitabili alle nuove esigenze securitarie? La teoria di Kaldor, che ha largamente contribuito a rendere popolare la definizione dei conflitti armati più recenti come "nuove guerre" – accentuando i momenti di discontinuità fra bipolarismo e postbipolarismo, fra il passato della Guerra fredda e il presente della globalizzazione – possiede evidenti implicazioni politiche. E infatti, nell'età postbipolare, la narrazione che pone l'accento sugli aspetti di novità non è divenuta

---

*Conquest in Africa, 1830–1914*, cit.; per l'Asia, J.A. Moor e H.L. Wesseling, *Imperialism and War: Essays on Colonial War in Asia and Africa*, Brill, Leiden 1997.

<sup>30</sup> A. Lerner, *Archeology and Artifacts, Protection of During War*, all'indirizzo <[www.Espionageinfo.com/An-Ba/Archeology-and-Artifacts-Protection-of-During-War.html](http://www.Espionageinfo.com/An-Ba/Archeology-and-Artifacts-Protection-of-During-War.html)>, p. 1.

<sup>31</sup> F. Parkman, *France and England in North America*, cit.

<sup>32</sup> E. Wolf, *Europe and the People Without History*, Berkeley, University of California Press, 1982.

<sup>33</sup> D. Chandler, *Back to the Future? The Limits of the Neo-Wilsonian Ideals of Exporting Democracy*, in "Revue of International Studies", 32, 2006, p. 484.



soltanto la “condizione che rende nuovamente possibile” la guerra,<sup>34</sup> ma anche la cornice teorica che definisce lo spazio *morale* entro il quale trovano giustificazione e legittimità gli interventi “umanitari” occidentali.

Ora, l’equiparazione tra le “nuove guerre” e le più grossolane e sistematiche violazioni di massa dei diritti umani, tra le “nuove” forme di violenza organizzata e le più evidenti trasgressioni al divieto di compiere azioni militari aggressive trasforma questi crimini in fattispecie giuridiche soggette a giurisdizione universale. E, dall’altro, l’interpretazione della guerre come “nuove” equivale a proporre e a rendere vincolante il criterio-guida del grado di attuazione dei diritti individuali e del livello di sviluppo del regime dei diritti umani come linea di discriminazione tra il dovuto rispetto per la sovranità e la rinuncia al rispetto assoluto del principio di non-intervento. Nella prospettiva di Kaldor, la globalizzazione ha tolto di mezzo le tradizionali linee di divisione di tipo culturale e socioeconomico e ha introdotto delle linee di divisione di tipo identitario: alle politiche dell’identità di tipo essenzialmente esclusivo e che tendono alla frammentazione e al particolarismo si contrappongono i principi di “una cultura cosmopolitica, basata su valori di inclusione, universalismo e multiculturalismo”.<sup>35</sup> La linea di divisione corre perciò tra coloro che vedono se stessi come parte di una comunità globale di persone che condividono l’impegno a favore dei valori umani e coloro che se ne sentono esclusi e possono vedere se stessi soltanto come parte di una comunità locale o particolaristica di tipo religioso o nazionale.<sup>36</sup> Naturalmente, tra i membri della classe globale ci sono anche reti transnazionali schierate in difesa di identità esclusive, mentre a livello locale non mancano individui capaci di opporsi al particolarismo. Come dice Kaldor, è possibile trovare “isole di civiltà” in quasi tutte le zone di guerra, ma da qualsiasi parte ci si schieri, la propria collocazione dipende dai processi di frammentazione e decentralizzazione dello Stato che sono semplicemente l’espressione più macroscopica di una guerra ormai “globalizzata”. E non a caso, continua Kaldor, le prime vittime delle “nuove guerre” sono i civili inermi che ispirano le proprie condotte ai valori del cosmopolitismo e del rispetto dei diritti umani.

Se però si getta anche solo un rapido sguardo alle forme ricorrenti di vittimizzazione cui si è dovuto assistere in occasione di guerre civili o di conflitti intrastatali, è possibile osservare che i “cosmopoliti” sono stati l’obiettivo diretto della repressione e della violenza armata ben prima che il dibattito sulla globalizzazione cominciasse a prendere piede, ben prima cioè che fosse possibile fornire un punto di vista universalista in base al quale criticare le leggi nazionali particolariste. Cosmopoliti, élite intellettuali o semplicemente tutti coloro che decidono di prestare assistenza umanitaria al di là delle divisioni più radicate sono (e sono stati) oggetto di interventi coercitivi extragiuridici semplicemente perché mettono in discussione un potere politico incapace di nutrirsi della forza vincolante del diritto, o che usa il diritto come semplice risorsa di copertura di un dominio illegittimo. I gruppi che coltivano un’appartenenza esclusiva ed escludente hanno raramente uno specifico “altro” quale nemico. La vittimizzazione dipende inoltre dal fenomeno che Shaw descrive come il “collegamento ideologico

---

<sup>34</sup> J.M. Beier, *Discriminating Tastes: ‘Smart’ Bombs, Non-Combatants, and Notions of Legitimacy in Warfare*, in “Security Dialogue”, 4, 2003, p. 411.

<sup>35</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit., p. 16.

<sup>36</sup> Ivi, p. 89.





pseudorazionale”<sup>37</sup> che adotta sostanzialmente la logica per cui “l’amico del mio nemico è mio nemico”. Le politiche dell’identità sono (e sono state) fondamentali in *ogni* guerra. Dal momento che il nazionalismo, concepito come una precisa ideologia di mobilitazione politica, fa valere le pretese di una specifica comunità contro le altre, può essere piegato a fare da incubatrice “ideale” alle condotte più ripugnanti, soprattutto quando viene sfruttato per creare un regime nazionale dei diritti di tipo particolaristico, inserito nella cornice istituzionale di uno Stato-nazione che intende essere tale anche, eventualmente, a spese di un altro Stato-nazione.<sup>38</sup> Non c’è alcuna forma di nazionalismo che non implichi un qualche “altro” da cui distinguersi o da cui secedere. Quando poi il nazionalismo ripiega sulla ideologia localistica delle piccole patrie “eticamente” omogenee, può facilmente alimentare linee di esclusione politiche equivalenti a una specie di apartheid dell’identità.

In realtà, Kaldor non impiega termini come “universalista” o “particolarista” quali semplici ascrizioni generiche di identità, ma quali contrassegni normativi di una identità giudicabile e valutabile secondo una prospettiva essenzialmente *morale*. La guerra assume la forma solo apparentemente “nuova” di un conflitto tra due posizioni etiche diametralmente contrapposte – e “nuova” solo apparentemente perché, in realtà, si tratta di fatto di una sorta di regressione alla dottrina etico-teologica della “guerra giusta”.<sup>39</sup> Alla moralizzazione della guerra segue la demonizzazione dell’avversario, così da far cadere i vincoli giuridicamente istituzionalizzati alle condotte belliche e da trasformare la politica di intervento a favore dei diritti umani in una lotta del Bene contro il Male. Ovvero, in altre parole, in un conflitto tra chi è capace di adeguarsi alle esigenze della globalizzazione (gli universalisti, che si ispirano ai valori della civiltà e del multiculturalismo) e chi ne è incapace (i particolaristi, che aderiscono ai disvalori dell’esclusivismo e della divisione etnica). La divisione che caratterizza le “nuove” guerre è quella che intercorre tra “i difensori locali della civiltà” e le “parti in guerra”. Tra i primi vanno annoverati tutti coloro che si battono per ricostruire la legittimità a partire dai valori dell’inclusione e della democrazia. Oltre a essere spesso le prime vittime degli scontri tra le fazioni contrapposte, sono anche i soli a cui è possibile demandare il compito di guidare una strategia per il controllo della violenza, dal momento che, secondo Kaldor, “proprio per la natura particolaristica degli obiettivi politici delle parti in guerra, è estremamente difficile trovare una soluzione efficace”,<sup>40</sup> i combattenti non sono invece, per definizione, interessati a “conservare relazioni sociali ampie e un qualche senso di moralità pubblica”.<sup>41</sup> Gli esponenti e i rappresentanti delle “isole di civiltà” sono i protagonisti di una politica che non si appiattisce sul punto di vista limitato della propria cultura politica e della propria concezione di sé e del mondo, ma che cerca invece di ispirare i propri convincimenti e, là dove sia possibile, anche le

---

<sup>37</sup> M. Shaw, *War and Genocide: Organized Killing in Modern Society*, Cambridge, Polity Press, 2003, p. 176.

<sup>38</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit., p. 113.

<sup>39</sup> Per una più ampia contestualizzazione della dottrina della “guerra giusta”, cfr. D. Zolo, *I signori della pace*, Roma, Carocci, 1998; Id., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000; Id., “Fondamentalismo umanitario”, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 135-157; Id., “La profezia della guerra globale”, *Prefazione* a C. Schmitt, *Il concetto discriminatorio di guerra*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. V-XXXII.

<sup>40</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit., p. 136.

<sup>41</sup> Ivi, p. 19.





proprie azioni, a valori universali, così da difendersi dalla barbarie che li circonda e li minaccia.

Ora, la plausibilità di questo punto di vista non è contraddetta soltanto dagli studi etnografici, i quali dimostrano che in circostanze estreme come quelle imposte dagli eventi bellici (quasi tutti) gli individui sono disposti a (quasi) tutto pur di sopravvivere – anche a decidere, per esempio, di schierarsi o di offrire sostegno alle fazioni più violente. È smentita anche dal fatto che la prospettiva di Kaldor muove dal presupposto che civili e parti in guerra costituiscano delle entità chiaramente identificabili e distinguibili. Solo che, in questo modo, non affronta l'eventualità – tutt'altro che rara o episodica – che le “parti in guerra” possano contare sul sostegno della popolazione civile. Come già è stato ricordato, l'incremento del numero di vittime “civili” gioca un ruolo essenziale nella teoria delle “nuove guerre”. Nella introduzione a *Le nuove guerre* Kaldor scrive: “Alla fine del secolo scorso il rapporto tra le perdite militari e civili in guerra era di 8 a 1. Oggi questo rapporto si è quasi completamente rovesciato, e nelle guerre degli anni novanta è più o meno di 1 a 8”.<sup>42</sup> L'idea che l'obiettivo strategico delle “nuove guerre” sia quello di controllare la popolazione eliminando chiunque abbia una diversa identità, e che per questo alle nuove tecniche di combattimento siano connaturate pratiche ripugnanti come le uccisioni di massa dei civili, può però prestarsi a creare equivoci, poiché suggerisce che in guerra i ruoli siano chiaramente definiti. Il peso argomentativo annesso al drammatico incremento delle morti tra i civili lascia in ombra il fatto che la distinzione tra civili e combattenti non è sempre facilmente definibile, e neppure rimane necessariamente costante nel tempo. Spesso le identità sono fluide, ed è facile presumere che nelle circostanze estreme di un conflitto armato divengano ancora più incerte e ancora più fluide e instabili. Nella guerra civile protrattasi in Sierra Leone per ben dieci anni e da cui il paese è uscito nel 2002, era stato coniato il termine “sobel” (soldier + rebel) per indicare gli uomini armati che combattevano indossando la divisa dell'esercito regolare durante il giorno e che combattevano da ribelli durante la notte. Le distinzioni morali soggiacenti alla teoria delle “nuove guerre” non contemplano da nessun punto di vista né i combattenti illegittimi né i gruppi paramilitari, benché, come il caso dei bambini-soldato della Sierra Leone dimostra con tragica evidenza, non tutti abbiano scelto volontariamente di arruolarsi tra i “combattenti”. Può darsi perciò che per chi è stato costretto ad arruolarsi dallo Stato, per chi ha subito la pressione delle aspettative o delle norme sociali, per chi è stato reclutato a forza da una delle fazioni in guerra, per chi si è unito alle organizzazioni militari in modo da disporre di una sia pur precaria forma di sussistenza oppure per dare significato alla propria vita, la “politica dell'esclusione” si riveli priva di significato per la definizione della sua identità.

L'attenzione dedicata alla persecuzione dei civili non introduce dei criteri di distinzione morale limitatamente a quanto accade *nella* cornice di uno specifico teatro bellico, ma porta anche a distinguere *tra* una guerra e l'altra, ovvero tra le “nuove guerre” e le guerre combattute dall'Occidente. Per Kaldor, la scelta di prendere deliberatamente di mira obiettivi civili e sociali è una specifica caratteristica delle “nuove guerre”: “Sostanzialmente, quelli che nelle guerre del passato venivano considerati effetti collaterali indesiderati e illegittimi sono diventati elementi centrali del

---

<sup>42</sup> Ivi, p. 18.



modo di combattere le nuove guerre”.<sup>43</sup> L’efferatezza nell’esercizio della violenza organizzata – l’omicidio premeditato di persone innocenti causato da bande o governi criminali, gli atti di criminalità di massa percepiti come tali, le pulizie etniche o i genocidi – è una specifica caratteristica delle guerre moderne, ma le sue radici affondano nel passato: “in guerra, non importa quale sia lo standard morale che si applica, i massacri non sono certo necessari, eppure sono la regola. È la guerra priva di massacri che è l’eccezione”.<sup>44</sup> Il massacro deliberato dei civili è stato, secondo Shaw, una caratteristica saliente dei tre principali conflitti del ventesimo secolo (le due guerre mondiali e la Guerra fredda), alla quale hanno contribuito attivamente tutte le parti in gioco. Dai bombardamenti a tappeto della Seconda guerra mondiale al lancio della bomba atomica, la guerra moderna si è spinta in direzione di una progressiva degenerazione delle condotte militari, al punto che ogni minaccia di guerra ha finito per equivalere alla minaccia di un massacro indiscriminato di intere nazioni.

Come Kaldor, anche Snow riconosce che le condotte militari adottate nella guerra moderna “sono indicative della completa ignoranza o del disprezzo per le leggi di guerra”. Diversamente da Kaldor, ritiene però che si tratti di un fenomeno tutt’altro che nuovo. “Se la scoperta di fosse comuni colme di civili innocenti è diventata una componente tristemente familiare del nuovo paesaggio, è ovvio che non si tratta di un’invenzione degli Stati falliti [...] e sarebbe, da parte degli analisti, una dimostrazione di condiscendenza, anche un po’ razzista, [...] suggerire che le cose stiano diversamente. Abbiamo tutti quanti le mani troppo sporche di sangue per permetterci di essere così sprezzanti nei confronti degli altri”.<sup>45</sup> La volontà di scatenare la violenza armata anche contro i civili innocenti non è una prerogativa esclusiva delle “nuove guerre”. Perché, allora, questo fenomeno appare così rilevante per l’interpretazione di gran parte delle guerre dell’ultimo decennio, dalla guerra del Golfo alle “guerre umanitarie” nei Balcani, dalla guerra in Afghanistan alla guerra in Iraq? In realtà, piuttosto che la crescente vittimizzazione dei civili, sono l’evidente insensatezza e la natura incontrollata della violenza scatenata che tendono a caratterizzare le “nuove guerre”, anche se, com’è ovvio, i due aspetti sono strettamente correlati. Le manifestazioni di violenza gratuita sono un tratto costante di tutte le guerre in tutte le epoche. Eppure, sembra invece che per la teoria delle “nuove” guerre vi sia una qualche sorta di differenza normativa tra l’essere fatti a pezzi sotto i colpi di un machete e l’essere dilaniati dalle bombe “intelligenti”. Il fatto è, come è stato osservato, che la morte violenta è qualcosa di culturalmente definito: “uccidere qualcuno con un coltello o con il machete ci sembra assai più orrendo rispetto alle morti violente perpetrate su scala incomparabilmente più ampia tramite i bombardamenti aerei o l’artiglieria da campo”.<sup>46</sup> A fare da contraltare all’invasione dell’Iraq, condotta grazie al dispiegamento di una “forza schiacciante” suscettibile di provocare tutt’al più alcuni “danni collaterali”, si diffonde l’impiego di espressioni dotate di una fortissima risonanza emotiva, come “genocidio”, “massacro” e pulizia etnica, quasi a suggerire che le guerre non-occidentali siano qualcosa di qualitativamente diverso dalla guerre combattute

---

<sup>43</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre*, cit., p. 116.

<sup>44</sup> M. Shaw, *War and Genocide: Organized Killing in Modern Society*, cit., p. 21.

<sup>45</sup> D.M. Snow, *Uncivil Wars: International Security and the New Internal Conflicts*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1996, p. 111.

<sup>46</sup> S.N. Kalyvas, *‘New’ and ‘Old’ Civil Wars: A Valid Distinction?*, cit., p. 115.



dall'Occidente. L'idea che le guerre attuali siano del tutto inedite, o che la guerra intrastatale sia del tutto differente dalla guerra interstatale, serve a distinguere le *nostre* forme di guerra, ipoteticamente civilizzate, umanizzate e tecnologicamente "pulite", dalle *loro* incivili e "sporche" forme di guerra. Si tratta di orientamenti che non solo esprimono un punto di vista a dir poco etnocentrico, ma che contribuiscono a porre in secondo piano le tendenze barbariche e genocide insite in tutte le forme di violenza organizzata, quella occidentale inclusa. La tendenza a rubricare i conflitti non-occidentali sotto le categorie del massacro o dell'abuso non solo impedisce di vedere che si tratta, purtroppo, di strategie razionali destinate al conseguimento di obiettivi politici, ma spinge i politici, gli attivisti e gli osservatori occidentali a ritenere impraticabile ogni ipotesi di mediazione tra le parti in conflitto. Anche l'attenzione esasperata per il pluralismo culturale, associata alle conseguenze negative provocate dal risorgente nazionalismo, dal separatismo etnico e dal fondamentalismo religioso, possono contribuire a rendere più difficile la possibilità di immaginare soluzioni politiche ai conflitti globali basate su principi e procedure che tutti (o quasi) possano considerare eque. L'idea che la violenza organizzata di matrice non-occidentale sia in qualche modo più disumana crea perciò uno spazio di agibilità morale per la guerra "umanitaria". E allora: se la forza illegale è eccessiva, ingiusta e atroce, la violenza legale diventa forse, per definizione, un'attività circoscritta e umanizzata?

#### 4. La spolticizzazione della guerra

Il presupposto alla base della teoria delle "nuove guerre" è la convinzione che le guerre intrastatali dell'ultimo decennio rappresentino una forma di violenza organizzata che non può essere (più) riconducibile ai parametri delle "guerre clausewitziane tradizionali". L'opinione dominante è che la natura fluida e indefinita dei conflitti armati dell'età postbipolare abbia portato alla dissoluzione delle distinzioni classiche tra politica interna e politica estera, fra attacco e difesa, fra civili e militari e abbia posto fine all'idea che la guerra costituisca "un seguito del procedimento politico, una sua continuazione con altri mezzi".<sup>47</sup> Le "nuove guerre" sono guerre spolticizzate: "occorre rivedere la nostra implicita interpretazione della guerra come una iniziativa di tipo clausewitziano. Sono molte le guerre che, attualmente, non rappresentano affatto una politica perseguita con altri mezzi".<sup>48</sup> Quando, nell'età globale, scompaiono le linee politico-territoriali di esclusione e di inclusione e l'ordine bipolare precipita in una miriade di focolai mobili di conflitto che esplodono in maniera (apparentemente) imprevedibile e imprevedibile dando luogo a guerre prive di fronti e di eserciti regolari, e dove è impossibile distinguere fra nemico e criminale, fra civile e militare, fra pace e guerra, ciò che sembra scomparire è anche la stessa logica razionale e ordinativa della guerra, la sua "politicità". Eppure, è difficile considerare le guerre nei Balcani o in Ruanda come semplici esplosioni irrazionali di istinti barbarici. Può darsi, invece, che la convinzione diffusa secondo cui le "nuove guerre" non perseguono obiettivi politici sia semplicemente il frutto di un equivoco, o di un fraintendimento, riguardo a ciò che è "politica", anche e soprattutto negli Stati "deboli" o "falliti".

---

<sup>47</sup> C. von Clausewitz, *Della guerra*, Mondadori, Milano 1970, p. 38.

<sup>48</sup> A. Jones, *Interview with Kal Holsti*, in "Review of International Studies", 3, 2002, p. 627.



Può essere opportuno, a questo proposito, prendere in considerazione le analisi di William Reno relative alle politiche condotte dagli Stati africani “deboli” o “falliti”, con le quali cerca di descrivere la progressiva affermazione dei nuovi attori, spesso nella letteratura accademica semplicisticamente identificati come “signori della guerra”, ma di fatto molto più simili nel tempo a “landlord” capaci di formare coalizioni di interesse con imprenditori e rappresentanti della società civile.<sup>49</sup> L’idea di Reno è che questa trasformazione non dovrebbe essere necessariamente considerata come una dimostrazione di fallimento, quanto invece come una nuova e diversa strategia della politica, una sorta di scelta obbligata. Le decisioni dei leader locali sono plasmate dalle circostanze in cui si trovano a dover agire: essi devono rispondere alle minacce portate dai *network* rivali, da singoli potentati che agiscono a propria discrezionalità, da paesi vicini oppure da organizzazioni non governative. Quando le circostanze divengono critiche, la gestione della crisi può essere affrontata secondo modalità non-convenzionali: per esempio, istigando la conflittualità tra le fazioni violente e favorendo un clima di generale instabilità. La violenza diviene una modalità, a suo modo razionale, di controllo della distribuzione delle risorse e della conservazione del potere. Le analisi di Reno fanno vedere come la violenza organizzata endemica in molti Stati africani, per quanto all’atto pratico risulti talvolta controproducente rispetto ai suoi stessi obiettivi, possa essere considerata come “una continuazione dei rapporti politici con l’aggiunta di altri mezzi”. Se la guerra viene considerata come un’aberrazione o come il frutto di calcoli sbagliati, ciò significa, oltretutto, che una parte esterna deve intervenire per fissare i torti e le ragioni e per definire come “errore” quello che in realtà è l’esito di una precisa strategia politica.<sup>50</sup>

Ora, non c’è dubbio che le condotte di molti leader locali presentino accentuati, e talvolta ripugnanti, tratti di criminalità. Ma questo non significa che le guerre non-occidentali si caratterizzino per il fatto di confondere le linee di distinzione tra guerra e criminalità. È certo sbagliato minimizzare il fatto che gli attori di queste “nuove” guerre non sono più eserciti nazionali e razionali, guidati da strateghi e da fini di guerra prefissati, ma truppe raccogliatrici, composte da sbandati e delinquenti invece che da professionisti, organizzate e finanziate da potentati mafiosi piuttosto che dalle casse dello Stato, addestrati o mobilitati da criminali di guerra. Ma è altrettanto sbagliato ignorare la storia: “persino Lenin aveva stretto degli accordi con ‘elementi criminali’ durante la guerra civile russa [...] Gli attori politici ideologicamente motivati più caratteristici, i membri dell’Armée révolutionnaire française, venivano descritti dai loro contemporanei come “banditi”, “ladri”, “vagabondi” e “teppisti sanguinari e viziosi”.<sup>51</sup> Il fatto è che la teoria della “nuova” guerra non si limita a sostenere la progressiva indistinzione tra coloro che portano legittimamente le armi e i non combattenti o i criminali e a individuare nella esplosione di faide tribali e di violenza criminale il tratto saliente delle guerre di “nuovo” tipo. Facendo rientrare le “nuove” guerre nella fattispecie giuridica della violazione sistematica e pervasiva dei diritti umani, Kaldor e i

---

<sup>49</sup> W. Reno, *Warlord Politics and African States*, London, Lynne Rienner Publishers, 2008. Cfr. anche W. Zertman (a cura di), *Collapsed State: the Disintegration and the Restoration of Legitimate Authority*, London, Lynne Rienner Publishers, 1995, e K. Menkhaus, *Somalia: State Collapse and the Threat of Terrorism*, Adelphi Paper n. 364, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>50</sup> Cfr. M. Duffield, *Guerre postmoderne. L’aiuto umanitario come tecnica politica di controllo*, cit.

<sup>51</sup> S.N. Kalyvas, ‘New’ and ‘Old’ Civil Wars: A Valid Distinction?, cit., p. 105.



suoi epigoni finiscono per criminalizzare in blocco tutte queste forme di violenza organizzata. E, di conseguenza, dal momento che gli attori delle guerre intrastatali ricadono quasi senza eccezioni nelle categorie dei criminali etnonazionalisti, finiscono per delegittimare tutte le forme di guerra diverse da quelle, “giuste” o “legali”, condotte dai moderni Stati occidentali.

Tra l'altro, la criminalizzazione delle “nuove” guerre, viste come violazioni continue, massicce e indiscriminate dei diritti umani ai danni della popolazione civile perpetrate sia da parte delle milizie irregolari sia da parte dell'esercito regolare, adotta la concezione dell'attore sociale tipica del liberalismo, che astrae l'individuo, e il crimine individuale, dalle circostanze storiche e politiche in cui si inserisce. L'affermazione, nell'ambito del diritto internazionale, della dottrina della responsabilità individuale è stata salutata da più parti come una conquista di portata storica, dal momento che i colpevoli dei crimini più efferati non possono più invocare una impersonale “ragion di Stato” a propria discolta. Tuttavia, non è inopportuno avanzare qualche riserva sulla evoluzione del diritto umanitario, che procede nel senso di una stretta compenetrazione tra individualizzazione e universalizzazione.<sup>52</sup> A dissipare ogni sospetto, va ovviamente ribadito che non si tratta di ridimensionare la responsabilità morale e di neutralizzare le colpe di chi si è macchiato di crimini orrendi, ma di sottolineare che a commettere le peggiori atrocità non è l'“uomo”, poiché gli “uomini” non possono essere valutati o giudicati a prescindere dal contesto in cui si collocano le loro azioni. I discorsi prevalenti sulla giustizia penale internazionale si concentrano sulla criminalità dell'atto, piuttosto che sulle relazioni di potere che non solo hanno generato i presupposti della sua attuabilità, ma che hanno anche determinato l'eventualità che si sia trattato di un atto dettato da intenti criminali o da finalità politiche. In un certo senso, è come se il tentativo di spiegare gli aspetti più oscuri del comportamento umano desse luogo a un effetto di normalizzazione: invece di essere collegate alle trasformazioni globali, le guerre di “nuovo” tipo si vedono ricondotte alle intenzioni dei criminali di guerra come quelli incriminati, e ogni tanto arrestati, per conto del Tribunale dell'Aja, e quindi a essere spolicizzate e a rappresentare perciò un'anomalia o un'aberrazione. Sono proprio queste forme di spolicizzazione e di criminalizzazione delle “nuove” guerre a poter essere usate da pretesto per invocare l'intervento occidentale, dal momento che i conflitti intrastatali del mondo non-occidentale vengono percepiti come crimini che vanno giudicati e puniti piuttosto che conflitti politici per i quali vanno cercate soluzioni di mediazione. Nel momento in cui i conflitti violenti vengono equiparati a crimini, gli interventi delle potenze occidentali possono essere assimilati alla neutralità di un intervento di polizia, non solo pragmaticamente necessario, ma *moralmente* dovuto.

---

<sup>52</sup> M. Dillon e J. Reid, *The Liberal Way of War. Killing to Make Life Live*, Oxon, Routledge, 2009.

# Imagining a New Order: Individual, groups and state in Italy between fascism and democracy

Irene Stolzi

## Introduction:

*La scelta di affidare questo testo a una rivista che nasce come luogo precipuo di discussione dei problemi legati alla storia e alla filosofia del diritto internazionale, deriva da varie ragioni che, con ogni probabilità, si ricavano dal contenuto stesso delle pagine che seguono ma che ritengo tuttavia opportuno esplicitare brevemente. C'è, in primo luogo, una ragione legata all'occasione che ha portato alla redazione dell'articolo; l'occasione è stata lo svolgimento di una giornata internazionale di studi organizzata dalla facoltà di giurisprudenza dell'Università di Copenaghen nel dicembre 2010 sul tema: Law and the formation of modern Europe: approaches from the historical sociology of law. E si tratta, a mio avviso, di una ragione solo apparentemente estrinseca, dal momento che mi è parso significativo che gli organizzatori di un convegno che ha coinvolto ricercatori di nazionalità diverse e di diverse estrazioni disciplinari, abbiano sollecitato la stesura di un testo che ripercorresse un tratto rilevante degli sviluppi del pensiero giuridico italiano a cavallo tra fascismo e repubblica. Di parte di quel testo si realizza, nelle pagine che seguono, la pubblicazione. Quello successivo alla prima guerra mondiale si presenta, indubbiamente, come un tornante storico decisivo (almeno) sotto due profili: anzitutto perché è stato per opera di autori italiani che alcuni concetti – come quello di Stato totalitario – hanno trovato la loro prima declinazione teorica nel periodo fascista riuscendo ad animare e condizionare lo stesso dibattito che si è svolto fuori dai confini nazionali. Allo stesso tempo – e questo è il secondo profilo, speculare ma non contraddittorio – il peso di una vicenda, come quella fascista, che si è espressa non solo attraverso discorsi di giuristi, ma anche e soprattutto attraverso cospicue novità normative e istituzionali, ha finito per condizionare in modo specifico la successiva storia democratica italiana, storia che dunque riacquista, per questa via, una propria e peculiare individualità.*

## Looking for a new order

In this chapter, we attempt summarily to reconstruct the modalities in which Italian legal thought responded to the demands posed by the complex historical panorama, which followed World War I, and in which it projected socially adapted conditions of legal order. Then, proceeding from a series of reflections on the legal concepts underlying the doctrines of *corporatism* in Italian fascism, we aim, by way of conclusion, to look beyond 1945, and to present a composite picture of post-war Italy, which, marked both by new legal forms and the persistence of old ones, drew part of its (democratic) identity from interpretations of the historical experience of corporatism. We also try to elucidate the fundamental role played by the references to the intermediate bodies – politic parties, trade unions, enterprises and any kind of





associations – to show the opposite identity they have taken under the fascist totalitarian season and the democratic one that followed. The main distance – of course – concerned the possibility to make reference to the existence of individual and social autonomy, seen as dimensions capable of limiting the State's power. From this point of view it's worth of consideration that many exponents of legal science, devoted to delineating the contours of the so-called social Europe, insist today that it is necessary to incorporate social laws in the EU Treaties. That is, these theorists argue that it is necessary for the sources of collective autonomy to be taken out of the mortifying category of *soft law*, and collective contracts need to be imputed binding status under EU law. What is at stake in this is not solely a question of transferring the solutions provided in many constitutions established in the years after World War II to the European level. On the contrary, the debate about European social law constitutes one of the means with which we can endeavour to imagine the concrete shape of a future that aspires to recreate the conditions for a stable (or more stable) relationship between economy and politics, between the market and protections, between private and public, between competition and regulation. For these reasons, it is no coincidence that some of these jurists now insist again on the correlation of social autonomy and rights. It is, in particular, no coincidence that they return to underline the importance of social autonomy and rights for planning an order that is new and is not solely designed to defend the existing order<sup>1</sup>.

At a methodological level, further, we intend in this chapter to disentangle the complex legacy of interwar Italian legal theory. In particular, we examine ways in which under fascist rule in Italy both trade unions and the political party began to acquire new meaning as essential instruments for organizing the social and for enabling social participation in the governance of public affairs, albeit within the framework of a very authoritarian conception of coexistence. Under fascism a new conception of politics began to take shape: politics was seen as a dimension of society, in which a comprehensive project of coexistence could be elaborated, and in which the activities of all public and private actors, channeled and expressed through the political party, could be directed. This expanded concept of politics meant that social organizations were given a specific and distinct role: social organizations were entrusted with internal tasks of governance, connected with the organization of their members' everyday lives (it was in the fascist period, for instance, that the first organizations for sport and leisure were born). It is this respect that the complexity of the legacy of fascism becomes apparent. Clearly, some of the organizational processes pioneered under fascism were not connected with developments specific to fascism, but were rooted in a process of historical evolution and widespread transformation that was evident in many states and many societies, ruled by different political regimes. For this reason, after the fall of fascism these organizational innovations did not have to be abolished, but could be made compatible with life in the new democratic state, after 1945. Often, however, the weight of history – that is, the fact that many legal theorists from a liberal background associated corporatism with authoritarianism – meant that the conversion of corporatist ideas into democratically formative principles was obstructed. For instance, after 1945 political parties and trade unions were allowed to retain the status of private

---

<sup>1</sup> S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato – La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003.



associations, even though they were responsible for important and tasks of undeniable public relevance. For this reason, this chapter addresses the legacy of fascism from a twofold sociological perspective. It examines the corporate legal ideals of fascism as reflecting a deep transformation of Italian society (and other societies) in interwar Europe. Yet it also addresses the problematic legacy of these ideals for the consolidation of democracy in post-war Italy. In the conclusion, we address attempts to find remedies for the weaknesses of merely private-legal ideas of societal membership, and we propose ways in which the corporatist theoretical lexicon might be re-opened.

It is probably unnecessary to re-examine the reasons for the legal complexity of post-1918 Italy. At the risk of simplification, we can say that after World War I it became increasingly difficult to assert the autonomy of the private sphere in relation to the public sphere. In general terms, it became difficult to assert the autonomy of law in relation to politics, and to the economy. More particularly, it became increasingly difficult to portray private law as a horizon inhabited by single and unrelated individual actors, defined by the primacy of their single wills, and to depict public law as a horizon inhabited solely by the state, a power that remained abstracted from underlying socio-economic dynamics and for this reason was considered capable of perpetuating its indisputable sovereign substance *ad aeternum*. This ‘harmonious’ and ‘schematic’ idea of a legal order ‘in which everything is (was) reduced to the concepts of sovereignty and individual freedom’ was overturned, after 1918, by a combination of various factors<sup>2</sup>, which are also well known and can be summed up through a number of diffuse ideas of *crisis*. On one hand, this was a crisis of the state, in which the state, besieged by the proliferation of organised interests, and the capacity of this new society of parties, unions, and concentrated economic formations to produce powers not finally reducible to relations between private parties<sup>3</sup>. However, private law was also afflicted by crisis. This was due to the fact that it was forced to come to terms with a state that, from the beginning of the war onward, had intervened heavily on the economic terrain, even invading the strongholds of nineteenth-century private law (property and the contract). Notably, the state had done this through expropriations and requisitions of farmlands and industrial plants, restrictions and obligations intended to determine the quality and quantity of production, and binding imperative interventions in future or already stipulated contracts, thus testified to the growing difficulty of identifying private law with the area of ‘free individual decisions’<sup>4</sup>. Nonetheless, private law, to the same degree as public law, was also pushed into a crisis due to the growing importance of organized interests, as these interests seemed to absorb the individual and its autonomy and risked transforming personal affiliation – that is, affiliation to a group, an organization – into the decisive precondition for the attainment of a full and accomplished legal subjectivity.

Imagining a new order, therefore, meant tackling a set of multifarious challenges. It required an attempt to delineate the contours of private and public, of law, politics and

---

<sup>2</sup> G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta* (1922), now in Id., *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè 1959, p. 409.

<sup>3</sup> L. Ornaghi, *Stato e corporazione – Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>4</sup> See F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), now in Id., *Studi giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960 and W. Cesarini Sforza, “Proprietà ed espropriazione”, *Educazione fascista*, III (1929), p. 119.



the economy, in a manner that reflected an awareness of the ways in which they were by now unavoidably connected. It is not superfluous to note that this was neither exclusively an Italian problem nor a problem limited solely to the climate between the two World Wars. What was specifically Italian, however, was the debate engendered by the promised emergence of a corporatistic civilisation, one that was intended to promote a fully twentieth-century society, for which fascism aspired to become the historical standard-bearer.

While the chronological limits of this paper have been clarified, a few words must be dedicated to explaining what the corporatistic order was or, more accurately, was intended to be. In the twenty-year period between the wars, references to corporatism alluded to an overall project of social, political and economic reform, a project that was supposed to develop in two successive and interdependent phases. The first phase, termed ‘union corporatism’ – the only one, we might add, which received an adequate normative and institutional expression – was based on the legal recognition of unions of workers and employers. This recognition was intended to enable trade unions and employers’ associations to oversee and discipline labour relations: primarily through the stipulation of collective labour agreements with *erga omnes* effect, but also through the assumption of responsibilities in respect of assistance and supervision towards the members of their respective professional categories. In contrast to this, the second, more authentically corporatistic phase provided for the formation of corporations, that is organs of the state made up of elements drawn from unions, the administrative apparatus of the state, and the National Fascist Party. These organs were intended to constitute what was emphatically defined as the General Staff of the Italian economy. In particular, corporate groups were to be entrusted the task of promoting and realizing a so-called third-way model of economic organization: that is to say, they were intended to promote a system of economic-production relations capable of combining the continued respect for property and private initiative with various patterns of public intervention in economic matters (from direct intervention intended to have restricted scope, to the imposition of qualitative and quantitative results on production activities<sup>5</sup>, which was intended to become the general rule).

In this brief and summary description, I have used some verbs in the conditional mode. This is because we know – clearly – that corporatism was only realized to a very limited practical degree. Despite its disastrous results, however, it was capable of animating a debate possessing important theoretical depth<sup>6</sup>. Alongside a large host of sceptics who attempted to reduce new corporate ideas to traditional corporatistic images

---

<sup>5</sup> Declarations VII and IX of the Labour Charter of 1927, which was intended to form the programme platform of the new Fascist Corporate State, have this express meaning. Declaration VII states: ‘The Corporate State considers private initiative in the field of production as the most effective and most useful tool in the interest of the Nation. As the private organisation of production is a function of national interest, *the company organiser is responsible before the State for production policy*. The collaboration of production forces generates reciprocity of rights and duties among them. The employee, technician, clerk and labourer are active collaborators of the economic concern, whose management and responsibility are entrusted to the employer.’ Declaration IX states: ‘The intervention of the State in economic production occurs only when private initiative is either lacking or insufficient or when political interests of the State are at stake. This intervention can assume the form of control, encouragement or direct management.’

<sup>6</sup> See: A. Gagliardi, *Il corporativismo fascista*, Bologna, il Mulino, 2010 and I. Stolzi, *L’ordine corporativo – poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell’Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.



of legal order, a non-negligible number of legal theorists identified in corporatism a theoretical system that might have made it possible to move beyond nineteenth-century legal models and instruments. These theorists saw corporatism as a legal order that was able both to outline a conception of society capable of confronting the problem of legal citizenship demanded by the bodies and organizations typical of the new mass society, and to confront the problem of the necessary interaction between private parties and the state in the economic arena.

From a similar point of view, the diffuse references to the function of government and the primacy of politics represented a call for a synthesis designed to identify the contours of a given project of society. This was conceived as a project that could be formulated by a wide range of authors and could integrate the most disparate contents, but that in any event expressed the ambition to connect the entire spectrum of social, political and economic energies, and to direct the conduct of all subjects, both private and public<sup>7</sup>. The idea that politics has a certain primacy was a general characteristic of different twentieth-century experiences, from the Weimar Republic, to totalitarianism, to the democratic constitutions established after 1945.

Of course, these concepts, circulating widely in the theoretical *milieu* of the early twentieth century, clearly assumed profoundly different meanings in different cases and in different theoretical articulations. This was because the selection of values called to support a certain project of society was subject to variation, the actors required to conceive the project differed, and the manner in which the guiding principles of the relation between state and society were reconstructed was variable. This explains why legal theorists interested in promoting the nascent corporatistic order saw it as an opportunity, not only to reflect on trade-union and production relations, but also, in more general terms, to provide an account of relations between the individual, state and social organizations; to concentrate attention on the function of political policy and to reflect on the relations between the different powers of the state; and, moreover, to enquire into the role given to policies that we would today call *welfare policies* or into the monopolistic characteristics of mature capitalism. Intellectual history, more than other sub-disciplines of history assumes decisive importance, not only as a means to elucidate the different and, at times, opposed horizons that produced apparently comparable solutions, but also to demonstrate the weight that, at the fall of fascism, the enduring attachment to certain outdated images of society played in interpreting the history of corporatism.

## **The doctrine of totalitarianism**

In this section, we intend to shed light on just a small number of aspects of the complex and variegated body of legal theory addressing questions of corporatistic order. Firstly, we wish to highlight how the references to corporatism constituted a theoretical framework for concepts focusing on the idea of a new state: that is, of a state that was new because it was totalitarian, because it was required, in contrast to (what appeared to

---

<sup>7</sup> C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel diritto pubblico italiano* (1931) Milano, Giuffrè, 2000 (new print of original text) and Id., *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998 (new print of the original text).



be) the indecisive character of old-style patterns of authoritarianism, to envelop all individual and social energies within its ranks. Of the most fundamental importance in this respect was the emergence and formation of a *third area of law*.

The doctrine of corporatism formed a composite front, which branched out along various theoretical paths. For instance, Alfredo Rocco, a legal theorist with a traditional training, committed himself to devising a version of corporatism capable of subordinating the management of every form of social conflict and labour unrest to the decision-making powers of the state. In contrast, Sergio Panunzio and Giuseppe Bottai were intent on demonstrating the utility that a solid network of groups and associations, artfully manipulated by the new state, could acquire in creating the *new man* – a man who, even at the most fundamental level, was devoted to the regime's values. In addition, more idealist theorists, such as, to name but three, Giovanni Gentile, Arnaldo Volpicelli, and Ugo Spirito, were convinced that it was the duty of corporatism to realize an identification between state and individual, between the private and public domains. They claimed that it was only in this manner that a legal system could be protected from the disruptive demon of pluralism. Nonetheless, despite this considerable diversity of views, all formulations of totalitarian corporatism attributed a decisive role to so-called *intermediate bodies*: that is, to social and economic organizations positioned between the state and the individual, which they saw as establishing a *third area of law*. No longer viewed as threats, but rather as foundational resources of the new state, social, political and economic organisations were portrayed in corporatist theory as formidable *seminaria rei publicae*. If it was the case that the salvation of the state lay to a large degree in its proven capacities for organizing the society subject to its power, and if the antagonistic character of mass society found its own distinctive identity through its division into groups and subgroups, the state, on this account, also needed to avail itself of this omnipresent associative tendency in order to found its own power.

The emergence of the third area of the law presupposed a nuanced, balanced definition of statehood. In order for the party and the trade union (that is, the official union, necessarily described in the singular), together with the plethora of bodies summoned to forge the new fascist society and to plot the map of the various associations (the workers, youth, women, etc.) which were expected to play a part in transforming the entire individual and social space, the state was obliged to pursue a sophisticated strategy of institutional engineering. First of all, it was necessary for the state to renounce any type of representative and participatory logic. That is to say, it was necessary for the state to avoid a situation in which different social organisations could act on the basis of a free and spontaneous aggregatory impulse, capable of conditioning the exercise of state power itself. At the same time, however, it was necessary for the state to mark out a distance between the new form of statehood and previous forms of administrative order and, in general, previous patterns of public control over social life. To avoid falling back into the errors of the liberal state, it was indispensable for the fascist state to replace the idea of supervision and 'external' control by the state with the new idea of a state presence capable of converting the related corporate bodies operating in society into 'productive auxiliaries of the state'<sup>8</sup>, or tools for the active and

---

<sup>8</sup> G. Bottai, *Discussion at the Senate* (31.5.1928), on Id., *Esperienza corporativa*, Roma, Edizioni del diritto del lavoro, 1929, p. 398.





participatory cultivation of the new state. If the failure of the liberal state was perceived as to a large degree attributable to the insufficient consideration given to the social and to the increasingly ‘antagonistic’ character of mass society, the corporatistic endeavour to sanction ‘the state’s nature and importance in all of individual and social life’<sup>9</sup> could only be consolidated if a ‘more subtle and discrete mission’ was ascribed to the new organizations<sup>10</sup>. In brief, it was necessary for the state to find the path that would make it possible thoroughly to catalogue society in all its diverse social, political and economic organizations (the so-called corporatistic organisation). Yet it was also necessary for the state, at the same time, to avoid resorting (or rather, resorting too heavily) to the forcible recruitment of individuals into these organizations.

Social organizations were required to fill the intermediate space between state and individual in order to make it possible to weld the individual to the state<sup>11</sup>. In turn, this made it possible to achieve the state organisation of the individual personality, which alone guaranteed the achievement of an active, participatory symbiosis, and not merely passive-transcriptive relation, between state and society. In this context, the frequent references to the producer, considered as the new model of the good fascist citizen was an argumentative resource intended to affirm the State’s totalitarian face.

The realization of an organic conception of the individual required, in fact, an identification of the individual in the concreteness of its everyday position, which made it easier for the state to seize hold of the individual and close it in the ranks of the totalitarian machine.

At the same time, the so called social policies of fascism and the reference to the necessity to provide economic gratification for the subordinate classes were not only intended to ward off the prospect that social hierarchies might be overturned but they also played an important role in increasing the consensus that the regime sought to obtain from the masses. From this point of view, the social policies constituted more than a simple second altar for the accomplished abolition of pluralism, a central resource ‘to reform society according to a certain plan’<sup>12</sup>, to realize and put into effect a process in which people were impelled to assume an attitude of active and participatory devotion towards the state, which distinguished totalitarianism from government activism and from old-style dictatorships.

## Democratic life: old and new corporatism

At the fall of the fascist regime in Italy, most people found the argument that the regime’s collapse marked ‘*the crisis of corporatism*’ plausible<sup>13</sup>, and it formed the basis for imagining a new order (democratic or simply post-fascist). In reality, while legal science unanimously accepted the end of corporatism, attempts at reconstructing the

---

<sup>9</sup> A. Volpicelli, “I fondamenti ideali del corporativismo”, *Archivio di studi corporativi*, (1930), I, p. 211.

<sup>10</sup> G. Bottai, *Vent’anni e un giorno (24 luglio 1943)*, Cernusco sul Naviglio, Garzanti, 1949, p. 42.

<sup>11</sup> A. Volpicelli, “I fondamenti ideali del corporativismo”, cit., p. 214.

<sup>12</sup> A. Lanzillo, *Per una teoria dell’intervento dello Stato* (1932), now in: in *Giuseppe Bottai e “Critica fascista”*, F. Malgeri (a cura di), S.Giovanni Valdarno, Landi editore, 1980, p. 746.

<sup>13</sup> G. Cazzetta, “L’ autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (1999), 28, II, p. 594.





reasons that had determined the failure and/or break-up of the corporatistic order were once more shaped by divergent interpretations, and they reflected orientations in large part already expressed during the fascist era or even before. It is not difficult to find interpretations of corporatism that run through time unaltered and connect the end of the nineteenth century, or the first decade of the twentieth century, to the years that followed World War II. In fact, interpretations of the crisis of corporatism reappeared after 1945 which were divided into two camps. Some saw this as an opportunity to re-define the parameters of legal order. Some saw this as an opportunity to denounce the fact that corporatism had detached the law from the individualistic conception of order, which – they claimed – had been adequately by the dogmatic categories employed in late nineteenth-century legal science (i.e. the study of pandects and the school of public law), which they viewed as constituting a definitive and indisputable acquisition of legal culture. Depending on point of view, corporatism either appeared to be a missed opportunity, irresponsibly soiled by the regime's indecisions. Or it appeared to be an authoritarian excesses: an impracticable *in re ipsa* hypothesis, inclined to subvert the sole and eternal conditions of legal order.

The earlier supporters of totalitarian corporatism, in particular, considered the collapse of corporatism a missed opportunity. They underlined how the indecisive actions of the fascist regime had prevented it from fulfilling corporatism's authentically totalitarian vocation. They argued that the regime had in the end diluted the innovative importance of corporatism into a mere proliferation of bodies and offices, which served only to bring to completion the bureaucratic excrescence of the Italian state<sup>14</sup>. Moreover, they claimed that the fall of Fascism could not, as if by magic, eradicate the demands that had led people to imagine a corporatistic reorganization of social, political and economic dynamics.

The collapse of the corporatistic idea, however, was also considered a missed opportunity by the small number of legal theorists who, during the fascist era, attempted to propose an interpretation of corporatism, which, although hostile to the totalitarian perspective, had attempted to plot the parameters for a new legal order. Such theorists hoped to see a legal order capable of combining the centrality assumed by collective bodies, the presence of a strong state, and lasting respect for individual rights and autonomy. This was a complex theoretical challenge, which, for the sake of brevity, cannot be examined here. It is sufficient to note here though that these interpretations of corporatism also harked back to quite different disciplinary and intellectual patterns. To refer only to the leading proponents of such theories, the idea of a non-totalitarian corporatism can, for instance, be traced to the theoretical objectives of Widar Cesarini Sforza. Sforza was a legal philosopher who saw corporatism as an institutional device to reproduce a liberal-elitist conception of society even in the twentieth-century climate, and to reproduce it by ascribing a central position to collective rights. He defined rights as institutions with a character that was 'more than private' and 'less than public'<sup>15</sup>, and that overcame and reconciled the traditional dichotomy of authority and freedom. This line of reflection on corporatism can also be found in the thought of Enrico Finzi, an

---

<sup>14</sup> G. Bottai, "Verso il corporativismo democratico o verso una democrazia corporativa?", in *Il diritto del lavoro*, (1952) XXVI, n.3-4, p. 128.

<sup>15</sup> W. Cesarini Sforza, *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè 1942, p. 196.



expert in civil law with a liberal training who embraced the corporatistic cause. Finzi viewed corporatism as a means to reconstruct the relations between individual, social groups and the state, so as to reconcile respect for individual freedoms and plans for a functionalization of private activities, in which the purely proprietary sense of subjective rights and property rights was abandoned. Finzi argued that rights, especially rights of property, needed to be viewed as objective rights, or as sources of duty and obligation towards the entire nation. This dimension of reflection on corporatism can also be found in the works of Lorenzo Mossa, the most unorthodox twentieth-century Italian specialist in commercial law. Mossa defined commercial law as an apparatus through which business, conceived as a unitary economic-legal reality, could reconcile the new logic of large-scale industrial production with a solidaristic vision, capable of establishing the defence of subjectivity and individual rights in manner that extended beyond simple proprietary ideals<sup>16</sup>. The industrial enterprise had central status in Mossa's theory. He saw the enterprise as a solidaristic community, unifying rights of individuals with the exigencies of national industrial production, and so overcoming the purely private-legal models of rights in liberal individualism.

In the views of these legal theorists, the collapse of the corporatistic idea had been a failure for two different and related reasons. First, it had been a failure because the demands for renewal that had violently emerged following World War I were still relevant after the fall of the fascist regime. This was demonstrated by the lasting and widespread references to the crisis. Second, it had been a failure because corporatism could have constituted an enormously beneficial opportunity for legal science as an academic discipline, as a result of which legal science might have assumed the status of an authentic planning vocation. It was perceived that, under corporatism, legal science was longer expected to solely work on statutory law and to arrange its formulae in systematic form. On the contrary, it was given authority to contribute directly to imagining the future of legal orders and the changing relations between law, politics and economy, and so to provide important mediation and connections between the diverse dimensions of society. It was able to do this because it was most deeply concerned with the problem of order, which could only be conceived if the relationship between individual, both collective and public, politics, law and the economy, were approached in conjunction with one another.

Nevertheless, in the same way that they had been isolated in the twenty years between the wars, even after liberation the position of legal theorists representing such doctrines met with very little support.

In these respects, after 1945 interpretations of the interwar corporatistic experiment often became instrumental for attempts to reaffirm the centrality of traditional conceptions of the legal order. For experts in private law, corporatism became generically synonymous with authoritarian-dirigistic regulation. Private lawyers argued that corporatism had warranted stigmatization from the moment that it attempted to reinstate a conception of subjective law as absolute power of the will, such that it became incompatible with constraints of social finalization or a strictly privatistic-voluntarist idea of contracts. This applied in particular to the labour contract, which was, to a greater degree than other forms of contract, sensitive to the inequalities and

---

<sup>16</sup> I. Stolzi, *L'ordine corporativo*, cit., p. 359.



imbalances produced by the socio-economic competition<sup>17</sup>. Meanwhile, for experts in public law, corporatism often appeared synonymous with the unwarranted invasion of the state by society. The stigmatization of corporatism by public lawyers provided a basis for contesting those aspects of the republican constitution (popular sovereignty, the so-called programmatic rules, the role of parties and unions), which revised the modalities in which the relationship between state and society had traditionally been imagined.

The danger implicit in all of the interpretations of corporatism, which continued to express an unaltered faith in the nineteenth-century constructs of the legal order, is quite apparent. On one hand, they risked postdating the onset of the twentieth century to the end of World War II. On the other hand, they risked denying that a new historical period demanded institutional solutions different from those proper to the nineteenth century. In some cases, this prevented these theories from adopting the clearly totalitarian – and not simply authoritarian – views typical of numerous theorizations of corporatism. Yet, after 1945, the tendency of legal science to pursue outdated images of legal order compromised the leading social and cultural role of legal science. In so doing, it made it impossible for many lawyers appropriately to experience the process of constitutional transition occurring at this time.

On these grounds, it seems that the fall of fascism had greater importance in confirming the legitimacy of traditional conceptions of the legal order than in clearing the way for adequately modern legal-scientific responses. During fascism, taking refuge in tradition, in traditional images of the legal order, could constitute – and it was considered in this way by many<sup>18</sup> – a strategic device to obstruct the authoritarian expansion of the legal space that fascism pursued. Once the regime fell, the complete rehabilitation of typically nineteenth-century images of the legal order coincides with Croce's interpretation of fascism as a parenthesis, an accidental, although perverted, deviation from the physiological line of development of the Italian socio-political system. We need to be clear here in noting that the ranks of those who advocated a return to tradition did not form the only theoretical camp. By necessity, we have only provided an outline of a reality that was quite complex. However, this was certainly a dominant camp at least until the mid 1950s, and it was a camp that also succeeded in gaining hegemonic status because, compared to those promoting more innovative responses, it could claim greater coherence for its views, and at the same time it could rely on what were already extensively tried and tested theoretical instruments<sup>19</sup>. It goes without saying that the many variations on the theme of the immutability of the legal

---

<sup>17</sup> G. Cazzetta, "L' autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica", cit., p. 606.

<sup>18</sup> In this sense, see for example, the well-known interpretation of Salvatore Pugliatti, the expert in civil law who 'divided' legal science under Fascism into two large, incommunicable categories. On one side, he saw the category of the apologists who were committed to the unwavering celebration of the virtues of Fascism. On the other side, he identified the category – to which he declared that he himself belonged – of the formalists: those jurists who utilized the cult of forms and concepts to weaken the regime's reformist aims from the inside; S. Pugliatti, "La giurisprudenza come scienza pratica", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, (1950), pp. 49-51.

<sup>19</sup> G. Cazzetta, "L' autonomia del diritto del lavoro", cit., p.585; M. Gregorio, "Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (2006), XXXV, p. 888.



order, characterized by the clear dichotomy between private and public, inevitably influenced the new republican constitution of 1948. In particular, these ideas served to weaken the innovative importance of the constitution. They promoted, where possible, legal norms compatible with traditional images of the legal order. Moreover, they refused to recognize the normative force and obligatory standing of those sections of the republican constitution which did not simply reflect a neat division between private and public law, or between the political, the juridical and the economic. They often explained this by stating that these parts had been drafted by politicians (or, in any event, by jurists foolishly inclined to confuse politics and law), and not by technicians of law<sup>20</sup>. Overall, a neo-classical interpretation of the 1948 constitution was promoted, which sought to eradicate its dimensions derived from corporatistic ideas.

The distinctive features of the Italian constitution, similar to many post-World War II democratic constitutions, are well known. Simplifying to the utmost, we can say that the 1948 constitution expresses an attempt to define, *per relationem*, the identity of private, collective and public domains, and it attempts to see the articulations of a single relational context in these spheres. It is a constitution, in particular, that sees the relations between the different dimensions of society as obliged to project legal order into the future, focusing on a common life project whose fulfilment presupposes the contribution of all actors, both private and public.

The constitution, in short, is a constitution that gives valence to the areas of coexistence between social dimensions and that – as we have already stated – defines this intersection as an enriching, not disruptive, moment of democratic reality. The constitution contains contours of a unitary design, whose coherent realization presupposed a concerted policy of constitutional implementation, capable of holding together the many and correlated aspects which it addressed. In this regard, however, we know that the constitution underwent a particularly troubled process of implementation, and the implications of its relational ideas never became reality. Piero Calamandrei said of it that it was ‘more than an infanticide’ [...] ‘it was an abortion’<sup>21</sup>. It was, most particularly, the distinction, inaugurated by jurisprudence and consecrated by doctrine, between its preceptive (immediately practicable) provisions, and its programmatic provisions (provisions without a normative nature) that permitted a *sine die* postponement in implementing the new constitution<sup>22</sup>.

To be sure, the pro-Constitution front progressively grew in numbers after 1948. This camp attracted prestigious figures, and it gave life to monographs – one important example was *La costituzione come norma giuridica* [*The Constitution as legal Norm*] by Paolo Barile, published in 1951 – that would eventually constitute authentic milestones in the history of Italian legal thought. Moreover, 1956 saw the first sentence handed down by the newly instituted Constitutional Court, and legal theorists began to view this organ of the state with interest and to entrust most of their hopes for the implementation of the constitution to this organ of the state. The constitution, though, could not live solely through the constitutional court. The organization of the

---

<sup>20</sup> M. Gregorio, “Quale costituzione?”, cit., p. 861.

<sup>21</sup> P. Calamandrei, *Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana* (1955), now in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, Sansoni 2004, p. 135.

<sup>22</sup> See the pronouncement of the Corte di Cassazione (SSUU penali) on the 7th February 1948.



constitution presupposed a ‘political engine’<sup>23</sup>: that is, it presupposed a system of parties capable of interpreting the sense of the new constitution and of guaranteeing the effective enactment of its provisions. Naturally, the constitution, like many others, was born in the shadow of a compromise between different constituent political forces. This compromise inevitably left unresolved the question of how its provisions should be enforced. This alone, however, need not have undermined the ‘common respect’ for the inspiring principles of the constitution itself<sup>24</sup>.

Of particular note is the fact that, in the view of the members of the Constituent Assembly, the political parties were supposed to assume responsibility for the implementation of the constitution, which was conceived as a ‘sort of politics on a grand scale, that was to unfold on a different and higher level than the mere majority political stance’<sup>25</sup>. However, the inability of the parties to fulfil its provisions, meant that the constitution was dangerously exposed to the risk that it would become near-sighted, incapable of assuming and preserving a strong regulatory role for the future, and thus destined appear outmoded.

In this context, it’s not surprising that from the 1970s onwards neo-corporatism or corporate societies present themselves as interesting discussed themes. In fact, neo-corporatism is discussed in a way that has two different, but complementary, meanings. On one hand, this term is used to designate, diagnostically, the process of the growing oligopolistic segmentation of society<sup>26</sup> – of a society increasingly less capable of finding common seats of political representation. On the other hand, this term is used to examine the use of so-called concerted procedures: that is, ‘neo-corporatistic’ instruments to discipline the relations between government and unions<sup>27</sup>. In both cases, neo-corporatism is discussed in order precisely to underline the insufficiency of party-parliamentary channels for preserving the relation between public and private, social and economic domains.

As the system of interaction between state, workers and employers is not seen solely as a means for resolving strictly contractual bargaining issues, but, on the contrary, it is also perceived as a technique for plotting the conditions of development and evolution for a certain sphere of production at a more global level, we might even claim that the idea of concerted action provided motivation for the plan to give trade unions a ‘substantially’ integrated role in the constitution. That is to say, this was a concept that has made it possible to accord to unions the central role that the Constituent Assembly had imagined for them, yet also to impute this role to them outside the forms provided for by the Constitution itself. As is well known, Art. 39 of the Italian constitution stipulates that the ‘registration of unions in care of local or central [public] offices’ constitutes a condition enabling unions to agree to collective contracts with *erga omnes*

---

<sup>23</sup> M. Gregorio, “Quale costituzione?”, cit., p. 913.

<sup>24</sup> P. Calamandrei, *Incoscienza costituzionale* (1952) now in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, cit., p. 126.

<sup>25</sup> M. Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, (1999), in Id., *La scienza del diritto pubblico – dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milan, Giuffrè, 2001 t.II, pp. 877- 881.

<sup>26</sup> P. Rosanvallon, *Lo stato provvidenza tra liberalismo e socialismo*, trad. it., Roma, Armando editore, 1984, p. 35.

<sup>27</sup> G. Vardaro, *Introduzione a Id. (a cura di), Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, Angeli, 1988.





effect. Similarly, it is known that the requirement of registration has never been satisfied, due largely to the mistrust directed – in the wake of the fascist corporatism – towards the authoritarian appropriation of union life. At the same time, however, the ‘decision that unions should have a position fully grounded in general law (whether this concerns the right of the union as an association, or the relations of unions with the State)’<sup>28</sup> has had the beneficial result that it has led to an affirmation of ‘an inter-union order, as a particular, sectional order, distinct from that of the state, but capable of auto-regulation’<sup>29</sup>. As such, it has contributed to defining the identity of Italian democracy.

The position of unions under general law, therefore, developed to form a ‘model that lay outside the plan of the constitution but that was not against it’, and it did not contradict the idea of social autonomy embraced by the constitution<sup>30</sup>. The implications of this reconstruction, accompanied by the idea that collective autonomy could be portrayed as private, civil-law autonomy, are quite evident. As soon as it was established that social groups were no longer capable of projecting their interests onto the level of the general order of the state<sup>31</sup>, it was difficult to prevent the return of legal ideals more or less strategically designed to identify labour law with the law of the individual labour contract<sup>32</sup>. In other words, labour law became identified with a law, which, even when it did not overtly favour the ‘strong’ private contracting party, tended to presuppose an elementary, simplified relational context. Such law was incapable of binding (or of binding with sufficient force) the state to the dictates of a constitution, which was intended ‘to oblige the republic to employ its regulatory resources’ in order to elevate the position of the workers and other objects of social democracy. As this is the case, the interest aroused by corporate concerted action can also be seen to have represented a means for acknowledging non-fulfilment of Art. 39 without relegating unions exclusively to the sphere of civil law. In short, concerted action helped to reconcile the formal status of unions under general law with the public-law significance of the functions which they performed. In so doing, it enabled unions to assure themselves that the state itself had a character that was not simply reducible to the varying ‘contractual’ strength of competitors and of lobbies, but was in fact capable of assuming tasks of mediation and, especially, of more complex and demanding planning. In a similar context, the attempt to institutionalize practices of concerted action – an attempt expressed by the so-called Ciampi-Giugni Protocol of 1993 – probably represented the (perhaps most extreme) endeavour to recreate, before the definitive collapse of these policies in 2002, a perception of the future that remained sensitive to the value and importance of collaboration and shared programmes.

---

<sup>28</sup> G. Cazzetta, *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini* (1996), now in Id., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Milano, Giuffrè 2007, p. 322.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> G. Cazzetta, *Il lavoro nella Costituzione di Costantino Mortati cinquant'anni dopo* (2005), now in Id., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 338.

<sup>32</sup> *Ibid.*



# Il futuro dei diritti sociali tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli

Chiara Valentini

## 1. Introduzione

Il riconoscimento dei diritti sociali a livello costituzionale così come sovra-nazionale ed internazionale<sup>1</sup> ha legittimato “aspettative di tutela” che solo in parte hanno trovato riscontro in “garanzie sociali o positive” equiparabili, specie nella dimensione giuridica, alle “garanzie liberali o negative per la tutela dei diritti di libertà”<sup>2</sup>. Diversamente da questi ultimi, infatti, i diritti sociali trovano nei sistemi giuridici contemporanei delle opportunità di tutela incerte, legate alle sorti di un processo di elaborazione di strumenti e tecniche di garanzia che è ancora “sospeso” e controverso, specie in sede giurisdizionale.

Sotto quest’aspetto, occorre definire gli spazi e i mezzi di una tutela che consenta ai titolari dei diritti sociali di far valere le proprie ragioni in giudizio e alla giustizia costituzionale di esercitare un controllo “esterno” sulla legittimità degli interventi o dell’inerzia del legislatore, e dei poteri politici in generale, rispetto al soddisfacimento di quelle ragioni.

Occorre, in tal senso, misurarsi con due ordini di difficoltà: in primo luogo, si pone un problema di “giustiziabilità”, che richiede di valutare se i diritti sociali si prestino ad essere oggetto di tutela giudiziale e se quest’ultima possa dirsi legittima e adeguata; in secondo luogo, si pone un problema di “giudizio”, che richiede di far luce sul modo in cui tale tutela dovrebbe essere apprestata. Il problema della giustiziabilità, per molto tempo, è stato al centro del dibattito teorico che, dapprima, lo ha affrontato in una prospettiva “descrittiva”, a partire da una rappresentazione “formale” e “statica” dei diritti sociali, per giungere, poi, a ridimensionarlo e prospettarne le soluzioni in una prospettiva “normativa”, a partire da un inquadramento di tali diritti in termini “sostanziali” e “dinamici”<sup>3</sup>. Dal canto proprio, anche il potere giudiziario ha dovuto

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo (1948) e al Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (adottato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976); alla Carta Sociale Europea (1961), complemento della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo che garantisce i diritti civili e politici; alle Costituzioni che garantiscono i diritti sociali, da quella tedesca a quella italiana, da quella spagnola a quella portoghese, da quella russa a quella sudafricana (per un’analisi comparativa, si veda M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009. Vi sono, poi, significative eccezioni, tra cui spicca quella del mancato riconoscimento dei diritti sociali nella Costituzione degli USA, ancora oggi interpretata nel senso dell’esclusione di tali diritti dal novero dei diritti di rango costituzionale.

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 5, p. 31. Contro la possibilità di elaborare garanzie siffatte, per cui i diritti sociali non potrebbero dirsi “veri” diritti soggettivi, si veda R. Guastini, “Diritti”, *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica* (1994), 1.

<sup>3</sup> A partire dalla distinzione proposta da M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 99, si vuole sottolineare, cioè, il passaggio da un approccio teorico ai diritti di stampo “conoscitivo”, che li studia come i micro-diritti o macro-diritti che abbiamo in base alle norme vigenti, a un approccio di stampo “normativo”, che guarda ai diritti come ragioni da cui scaturiscono



valutare le proprie possibilità di intervento per maturarne, progressivamente, una consapevolezza che trova riscontro nella “più recente esperienza giuridica che per vie diverse ha visto ampliarsi”<sup>4</sup> le forme di tutela giurisdizionale dei diritti sociali.

Questi sviluppi hanno sottratto terreno al problema della giustiziabilità, a favore del problema del giudizio: la possibilità di instaurare un rapporto tra diritti sociali e giurisdizione ha trovato giustificazioni teoriche e concreti riscontri a partire dai quali, ormai, occorre riflettere sui connotati e le possibili evoluzioni di tale rapporto. In tal senso, importanti spunti di riflessione sono offerti dalla “vibrante e varia”<sup>5</sup> giurisprudenza prodotta da corti ordinarie e, soprattutto, da corti costituzionali sempre più “attivamente impegnate” sul terreno della giustizia sociale entro una rete di scambi e reciproche influenze<sup>6</sup> di cui sono parte anche istituzioni internazionali che, pur non svolgendo funzioni giudiziarie, hanno il compito di monitorare le risposte dei sistemi giuridici statali alle aspettative di tutela sociale.

L’esperienza che questi organi, su fronti diversi, hanno maturato e “messo in circolo” è segnata dal tentativo di mettere a punto tecniche di tutela fondate su due approcci giudiziari: da un lato, il cosiddetto *core approach*, che punta a una difesa categorica del contenuto essenziale dei diritti sociali; dall’altro lato, un approccio che potremmo definire della “ragionevole realizzazione”, teso a soddisfare tali diritti “quanto più è possibile”, tenuto conto delle risorse disponibili e di esigenze normative confliggenti.

In questa sede, mi soffermerò su questi due approcci, entro una più ampia riflessione sui progressi compiuti, e ancora da compiere, nel rapporto tra diritti sociali e giurisdizione. L’analisi sarà circoscritta alla sfera della giustizia costituzionale, per due ragioni: in primo luogo, perché le vicende che la interessano sono al centro del dibattito costituzionalistico contemporaneo, segnato dal confronto tra modelli che valorizzano il ruolo svolto dalle corti costituzionali in chiave anti-maggioritaria, per affidare ad esse la garanzia dei diritti, e modelli che, invece, invocano un ridimensionamento di tale ruolo a favore della sfera politico-maggioritaria, per attribuire alle istituzioni che rappresentano i cittadini il primato decisionale in materia di diritti; in secondo luogo, perché il rapporto tra giustizia costituzionale e diritti sociali, oggi, è segnato da significativi sviluppi sia in termini di progressivo superamento delle difficoltà associate alla giustiziabilità di tali diritti, sia in termini di graduale elaborazione degli strumenti decisionali con cui affrontare le questioni che riguardano la loro tutela.

Nella prima parte di questa analisi accennerò ai nodi problematici della giustiziabilità, per evidenziare le soluzioni che essi hanno trovato e a partire dalle quali, oggi, il “giudizio” costituzionale sui diritti sociali deve definire il proprio statuto; nella seconda parte, mi soffermerò sulle difficoltà con cui tale “giudizio” si misura, per

---

“micro-diritti” e “macro-diritti”. In quest’ottica, si richiama la distinzione tra concezione “statica” dei diritti e concezione “dinamica” dei diritti, proposta da B. Celano, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, (2001) 1, pp. 1-58.

<sup>4</sup> L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 32.

<sup>5</sup> D. Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, (2012), 1, pp. 401-459, p. 402.

<sup>6</sup> A.M. Slaughter, A “Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, 29 (1994), pp. 99-137 e Id., “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), pp. 1103-1124; M. Shapiro e A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, New York, NY, Oxford University Press, 2002.



apprezzare in chiave critica le diverse soluzioni offerte dal *core approach* e dall'approccio della ragionevole realizzazione.

## 2. La giustiziabilità dei diritti sociali: nodi problematici e soluzioni

La giustiziabilità dei diritti sociali costituisce tradizionalmente un duplice nodo problematico concernente, a) sul piano “tecnico”, la possibilità di configurarli come oggetto di tutela giudiziale, e b) sul piano “istituzionale”, la legittimazione e/o competenza degli organi giudiziari riguardo ad essi<sup>7</sup>. Le difficoltà che si pongono su entrambi i fronti sono da ricondursi a quella, più generale, di inquadrare le aspettative di tutela sociale come diritti in senso giuridico.

Lo statuto normativo di tali aspettative, infatti, è controverso specie in virtù di un rapporto con la dimensione degli obblighi che, secondo alcuni interpreti, non presenterebbe i requisiti logico-formali necessari per qualificarle come “veri” diritti.

Più precisamente, le istanze di tutela sociale sfuggirebbero a uno schema concettuale costruito intorno all'assioma della correlatività tra diritti ed obblighi, che vuole i primi necessariamente legati ad obblighi incumbenti su soggetti determinati. Questa impostazione, però, è stata messa in discussione da approcci teorici che sostengono la priorità logica ed assiologica dei diritti rispetto agli obblighi, per svincolarne lo statuto giuridico dalla correlatività con questi ultimi, legarlo a ragioni sostanziali e offrirne rappresentazioni formali conseguenti.

### a) Le difficoltà “tecniche”

Dal punto di vista “tecnico”, la giustiziabilità dei diritti sociali dipende dalla possibilità di configurarli come pretese che possono essere azionate/soddisfatte in sede giurisdizionale.

Rispetto ad essa, le obiezioni sono state alimentate da una visione dei diritti che, in linea di massima, li qualifica in senso giuridico come “posizioni normative soggettive compiutamente determinate”<sup>8</sup> aventi un correlativo concettualmente necessario in speculari posizioni soggettive di obbligo<sup>9</sup>. In quest'ottica, i diritti sono classificati come

---

<sup>7</sup> Per questa classificazione delle difficoltà relative alla giustiziabilità dei diritti sociali, ricorrente in letteratura, si vedano C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, *The Journal of Political Philosophy*, 3 (1998), pp. 263-284, ed E. C. Christiansen, “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, (2007), 2, pp. 321-386.

<sup>8</sup> Secondo la ricostruzione di B. Celano, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., p. 6: “Per ‘concezione statica’ (dei diritti) intendo, in prima approssimazione, una concezione che vede un diritto come una posizione normativa soggettiva elementare (atomica), compiutamente determinata, o come un insieme finito, compiutamente determinato (un aggregato, una molecola), di posizioni siffatte”.

<sup>9</sup> Secondo lo schema della correlatività di W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven, CT, Yale University Press, 1913, p. 38 (“duty and rights are correlative terms”). Sullo schema hohfeldiano, si vedano, tra gli altri, M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner (a cura di), *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Clarendon, 1998, pp. 7-111; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 132-138; trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012; B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, cit.; A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 151-159.



“positivi”, in quanto correlativi ad obblighi “di fare” e, quindi, pretese a prestazioni altrui, e “negativi”, in quanto correlativi ad obblighi di “non fare” e, dunque, pretese ad altrui omissioni.

Secondo questa classificazione, i diritti civili e politici, quali pretese all'altrui astensione da interferenze con l'esercizio di libertà fondamentali, sono inquadrati come diritti “negativi”, mentre i diritti sociali, in quanto pretese a prestazioni pubbliche, sono qualificati come diritti “positivi” dai connotati peculiari, che ne renderebbero difficile, o addirittura impossibile, la “gestione” in sede giudiziale: a.1) in primo luogo, per la difficoltà di determinarne il contenuto e il rapporto con la dimensione degli obblighi in termini giuridici; a.2) in secondo luogo, per la difficoltà di “ottenere” con strumenti giurisdizionali l'adempimento delle prestazioni necessarie per “realizzarli”.

a.1) Quanto al primo punto, le difficoltà riguardano la possibilità di determinare i diritti sociali in termini giuridicamente plausibili<sup>10</sup>, cioè di catturarne l'oggetto e dar conto del loro rapporto con la dimensione degli obblighi secondo “*standards* giuridici”<sup>11</sup>. Su entrambi i fronti, tale possibilità è stata messa in discussione entro quella visione dei diritti che, come si è accennato, pretende di qualificarli in senso giuridico in base a requisiti formali, per concettualizzarli come specifiche pretese (*claims*) individuali correlate a specifici obblighi (*duties*) individuali<sup>12</sup>. In quest'ottica, diritti ed obblighi sono i due termini di un nesso concettualmente necessario per il quale si implicano a vicenda entro relazioni determinate “in modo universale e astratto” da “regole giuridiche, in ipotesi pre-esistenti e pre-determinate”<sup>13</sup>. Da questa prospettiva, si è riscontrata la difficoltà di rendere i diritti sociali in termini di obblighi giuridici secondo lo schema della correlatività: non sarebbero configurabili come pretese a prestazioni determinate esigibili nei confronti di soggetti determinati, perché non può pre-stabilirsi ciò che va fatto per realizzarle né chi debba farlo.

Questa visione limita, però, la rappresentazione dei diritti a una descrizione, peraltro parziale, dei nessi logico-formali che li legano agli obblighi entro un discorso giuridico analizzato in chiave “statica”, senza toccare la dimensione sostanziale in cui quei nessi trovano una giustificazione. Contro questa impostazione “descrittiva”, nel tempo, è maturata un'insoddisfazione teorica che ha determinato il passaggio a un'impostazione “normativa” da cui è scaturita un'analisi dei diritti incentrata sulla funzione che essi svolgono come ragioni di tutela, riferite a interessi meritevoli di particolare protezione, che sottendono il discorso giuridico per determinarne i contenuti e le forme secondo ciò che il soddisfacimento di interessi siffatti può richiedere<sup>14</sup>. In questi termini, i diritti

---

<sup>10</sup> C. Fried, *Right and Wrong*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978, p. 110.

<sup>11</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 341.

<sup>12</sup> In questa prospettiva, nella teoria kelseniana, il diritto soggettivo deve concepirsi “necessariamente” come “diritto al comportamento di qualcun altro” (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS libri, 1994, p. 75); diritti e doveri, pertanto, sono “concetti conversi” come li definisce N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, p. 199.

<sup>13</sup> B. Celano, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., p. 47.

<sup>14</sup> Il riferimento è alla *interest theory* per la quale un diritto soggettivo in senso giuridico è una forma di protezione che il diritto oggettivo accorda a un interesse o bene, del titolare del diritto o di altri, purché si tratti di un interesse o bene meritevole di protezione in forza di valori che le varie versioni della *interest theory* specificano diversamente. Per una formulazione e difesa della *interest theory*, si vedano J. Raz, “The Nature of Rights”, *Mind*, (1984), 2, pp. 194-214 (anche in Id., *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986) e Id., *Legal Rights*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 4, pp. 1-21 (anche in Id., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford,



sono un “criterio di individuazione, e principio di giustificazione, di doveri, o ulteriori posizioni soggettive”<sup>15</sup> che si aggregano e modificano quanto più complesse e multiformi sono le ragioni che i diritti esprimono. Questi ultimi, perciò, hanno una struttura complessa<sup>16</sup>, che combina pretese con libertà, poteri, immunità, e non è originariamente determinata. Ove si tratti di interessi fondamentali, e di diritti investiti da processi di costituzionalizzazione, questa complessità è particolarmente accentuata e trova riscontro in formule giuridiche che non la cristallizzano, ma esprimono il fulcro normativo (variamente connotato in sede teorica) intorno al quale essa si articola.

In questi termini, il discorso giuridico sui diritti sociali non pone, rispetto alla determinazione dei propri contenuti, difficoltà maggiori di quelle incontrate dal discorso sui diritti civili o politici<sup>17</sup>.

Esso, infatti, li esprime con formule di principio dal contenuto connotato ora come “ampio”, ora come “aperto”, ma non per questo indeterminabile in termini giuridici: l’interprete può, e deve, gestirlo come una “trama” di regole, ed implicite eccezioni, ovvero di ragioni normative da catturare in chiave argomentativa, a partire dagli interessi fondamentali cui sono riferibili<sup>18</sup>. Anche le relazioni dei diritti sociali con la dimensione degli obblighi, in quest’ottica, devono essere ripensate attraverso un’analisi in chiave “diacronica”<sup>19</sup> che vada oltre lo schema della correlatività e l’idea della co-originarietà di diritti ed obblighi<sup>20</sup>.

Tali relazioni, cioè, devono essere inquadrare alla luce della priorità assiologica e concettuale dei diritti rispetto agli obblighi: si tratta di nessi “dinamici” che legano i primi, come ragioni di tutela di interessi fondamentali, ai secondi, come conseguenze che il discorso giuridico può trarre da ragioni siffatte. In quest’ottica, i diritti sociali, così come i diritti civili e politici, sono la matrice giuridica e il fondamento degli

---

1994; N. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P.M.S. Hacker e J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977; D. Lyons, “Rights, Claimants and Beneficiaries”, in Id. *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, New York, NY, Oxford University Press, 1994. Non si può approfondire, in questa sede, la diversa prospettiva di H.L.A. Hart (si veda, in particolare, H.L.A. Hart, “Bentham on Legal Rights” (1973), in C. Wellman (ed.), *Rights and Duties*, vol. 1, *Conceptual Analyses of Rights and Duties*, New York-London, Routledge, 2002) in cui, come noto, i diritti proteggono ambiti di scelta (*choice theory*) e che può dirsi minoritaria rispetto alla *interest theory*.

<sup>15</sup> B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, cit., pp. 41-42.

<sup>16</sup> Come chiarisce C. Wellman, *A Theory of Rights*, Totowa, NJ, Rowman and Allenheld, 1985, i diritti sono da concepirsi come insiemi di posizioni hohfeldiane.

<sup>17</sup> Il fatto che i diritti sociali risultino più indeterminati, nel loro contenuto, rispetto ai diritti civili e politici, non è una conseguenza dell’impossibilità di determinarli in sede giurisprudenziale, ma piuttosto dello scarso esercizio che la giurisprudenza, finora, ha svolto in tal senso a causa di quelle reticenze formaliste che, tradizionalmente, l’hanno ostacolato, come sottolinea E.C. Christiansen, *Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*, cit., p. 346.

<sup>18</sup> Il riferimento è, da un lato, alle diverse tesi avanzate dai teorici positivisti, sulla scia di H. L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, (1962), Torino, Einaudi, 1965, e, dall’altro lato, alle tesi avanzate da teorici (neo-)costituzionalisti come Ronald Dworkin e Robert Alexy (si vedano, in particolare, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978 e R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit.).

<sup>19</sup> M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 99. Si veda, a tal proposito, l’analisi di C. Wellman, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995.

<sup>20</sup> Si veda, a tal proposito, l’analisi svolta da C. Wellman, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995, secondo l’idea che la logica dei diritti “possa iniziare da Hohfeld, ma debba andare oltre le sue distinzioni concettuali” (Id., “Legal Rights”, *IVR Encyclopedia*, <<http://ivr-enc.info/index.php?title=Rights>>).





obblighi: questi sono “generati” dai diritti che, però, restano “qualcosa di diverso, e originario” rispetto ad essi<sup>21</sup>. “Non necessariamente”, cioè, “dato un diritto, è con ciò stesso determinato se vi sia un obbligo ad esso corrispondente (da esso giustificato), o quale esso sia (né, dunque, chi vi sia soggetto)”<sup>22</sup>.

Lo schema della correlatività, dunque, può tutt’al più descrivere dei rapporti giuridici che derivano dai diritti sociali, ma non pone le condizioni di esistenza normativa di tali diritti. Esso, inoltre, non consente di descrivere compiutamente i rapporti, complessi e “asimmetrici”, che possono stabilirsi tra obblighi e diritti sociali. Questi ultimi, come tutti i diritti “di base”<sup>23</sup>, infatti, non fondano relazioni “binarie” tra posizioni giuridiche soggettive simmetriche, in termini positivi o negativi; da essi, piuttosto, derivano obblighi “multiformi”: non si può ritenere che interessi fondamentali come quelli protetti da tali diritti “possano essere tutelati imponendo un solo dovere” giacché sono “entità complesse” e “vi sono tanti modi in cui possono essere soddisfatti o violati”; essi comportano “ondate”<sup>24</sup> di obblighi, potendo richiedere di essere soddisfatti attraverso azioni e omissioni al contempo.

Su queste basi, oggi, può dirsi superata la rappresentazione, anche logico-formale, dei diritti sociali come pretese non determinabili e, quindi, non “esigibili” su cui hanno fatto leva le tesi contro la possibilità di apprestare ad esse garanzie giudiziali. Si pone, piuttosto, il problema di mettere a punto tecniche interpretativo-argomentative che, secondo le premesse illustrate, consentano di determinare l’oggetto e la portata dei diritti sociali e, con essi, i confini del giudizio che li riguarda, tenendo conto della complessità strutturale che li contraddistingue e caratterizza gli obblighi che ne derivano.

Prende sempre più corpo, da questo punto di vista, l’esigenza teorica di far luce sulla rete “poli-centrica” dei multiformi obblighi che scaturiscono dai diritti sociali, andando oltre la “semplicitistica rappresentazione”<sup>25</sup> di essi in termini puramente positivi. Come si vedrà, anche la giurisdizione procede nella direzione indicata da questi sviluppi teorici: per un verso, rivolge un’attenzione sempre maggiore all’elaborazione di *standards* per l’interpretazione delle garanzie dei diritti sociali; per altro verso, lavora sull’inquadramento degli obblighi derivanti da essi, distinguendo tra obblighi di “realizzazione” e obblighi di “non regressione” con esiti differenti a seconda dell’approccio giudiziale adottato.

a.2) Quanto al secondo punto, le difficoltà riguardano i concreti limiti cui il soddisfacimento dei diritti sociali andrebbe incontro in sede giudiziale, richiedendo l’esecuzione di prestazioni “costose” e suscettibili di entrare in “conflitto” tra loro.

Si sostiene, cioè, che le garanzie giudiziali dei diritti sociali, pur potendo essere elaborate in astratto, sono impraticabili. In primo luogo, perché l’adempimento degli obblighi derivanti dai diritti sociali dipende da condizioni, specie di natura economica, che la giurisdizione non potrebbe gestire e controllare a differenza di quanto accade per

---

<sup>21</sup> B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, pp. 42-47.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>23</sup> In tal senso, si veda anche l’analisi del rapporto tra diritti e doveri, con riferimento ai diritti sociali, sviluppata da H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1984 (seconda ed.).

<sup>24</sup> J. Waldron, “Rights in Conflict”, *Ethics*, 3, 1999, p. 510.

<sup>25</sup> Come sottolineano H. Shue, *Basic Rights*, cit., p. 37 e S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, New York, NY, Oxford University Press, 2008.





i diritti che possono soddisfarsi con mere omissioni che gli organi giurisdizionali possono “ottenere” senza costi, chiedendo la cessazione di specifiche attività, la rimozione di limiti al godimento di un bene o all’esercizio di una libertà, l’astensione da specifiche condotte<sup>26</sup>.

In secondo luogo, perché non sarebbe possibile soddisfare più diritti sociali al contempo senza trovarsi in una “situazione impossibile e contraddittoria”<sup>27</sup>: le prestazioni che essi richiedono non possono essere adempiute, tutte, perché le azioni intraprese per eseguirne alcune interferiscono inevitabilmente con le azioni da intraprendersi per eseguirne altre, richiedendo l’impiego di risorse limitate che, impiegate su un fronte, non possono essere impiegate su fronti diversi. Si profila, così, una “*conflict distinction*”, come è stata definita<sup>28</sup>, tra diritti sociali e diritti civili e politici: mentre la realizzazione di questi ultimi non comporta conflitti perché le omissioni richieste da essi non interferiscono le une con le altre, quella dei diritti sociali, invece, è segnata da conflittualità determinate dall’impossibilità di adempiere, insieme, tutte le prestazioni necessarie per realizzarli. Ciò comporterebbe che tali diritti non possano essere “gestiti” in sede giudiziale perché chiamano a dirimere conflitti che gli organi giurisdizionali non potrebbero risolvere secondo criteri giuridicamente fondati o con cognizione di causa.

Si evidenziano, dunque, due problemi, interconnessi: il “problema del costo” e il “problema del conflitto”.

Quanto al problema del costo, per risolverlo in sede teorica si sono aperti due fronti. Per un verso, si è fatto leva sul superamento della distinzione, già discussa, tra diritti positivi-diritti negativi, sul piano concettuale e applicativo. Secondo l’impostazione per cui i diritti fondamentali fondano una “rete” di obblighi, tale classificazione dei diritti appare “semplicistica”<sup>29</sup>: con essa, la distinzione tra diritti di cui non si può ottenere il soddisfacimento in sede giudiziale perché “costosi”, in quanto positivi, e diritti realizzabili perché “a costo zero”, in quanto negativi, appare il frutto di una semplicistica rappresentazione degli oneri finanziari connessi al loro soddisfacimento.

Per altro verso, si è fatto leva sull’irrelevanza, dal punto di vista dei costi connessi all’effettivo soddisfacimento dei diritti, della distinzione concettuale tra diritti positivi e negativi. In quest’ottica, cioè, pur ammettendo la possibilità di concettualizzare i diritti come positivi o negativi, non si può sostenere che solo quelli positivi abbiano un costo: anche per i diritti negativi occorre pagare un “prezzo”, quantomeno per istituire e far funzionare gli apparati istituzionali preposti alla neutralizzazione delle interferenze con il loro esercizio<sup>30</sup>. Pertanto, il soddisfacimento di tutti i diritti, negativi o positivi che siano, può incontrare limiti derivanti dalla scarsità delle risorse necessarie per ottemperare agli obblighi che ne derivano.

---

<sup>26</sup> C. Fried, *Right and Wrong*, cit. Il soddisfacimento dei diritti negativi, infatti, non sarebbe condizionato dalla disponibilità di risorse necessarie per realizzarlo, essendo sufficiente, a tal fine, la mera astensione da condotte che interferiscano con la fruizione diretta dei diritti da parte dei loro titolari.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>28</sup> C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., p. 264 e pp. 267-270.

<sup>29</sup> H. Shue, *Basic Rights*, cit., p. 37.

<sup>30</sup> C.R. Sunstein, S. Holmes, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, NY, W.W. Norton, 1999; trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.



Anche il “problema del conflitto” rinvia alla dicotomia diritti positivi–diritti negativi: le prestazioni “di fare” richieste dai primi determinerebbero un conflitto tra possibilità di impiego di risorse umane ed economiche che, invece, non sarebbe determinato dalle omissioni richieste dai secondi. Attraverso i passaggi teorici già evidenziati, però, tale problema trova due soluzioni: per un verso, la dicotomia diritti positivi – diritti negativi può essere superata a favore di una prospettiva entro cui tutti i diritti fondamentali sono positivi e negativi al contempo, potendo entrare, perciò, in conflitti (concepiti ora come apparenti ora come reali) che non è impossibile dis-solvere o risolvere da un punto di vista tecnico (usando criteri giuridici variamente connotati in sede teorica) potendosi solo obiettare che sia “politicamente” inopportuno gestirli in sede giudiziale; per altro verso, la soluzione può passare attraverso la dissociazione tra la dimensione concettuale in cui i diritti possono distinguersi in positivi/negativi e la dimensione applicativa in cui tali diritti, a prescindere dalla natura positiva o negativa, comportano comunque un costo e possono, perciò, entrare in conflitto tra loro rispetto alla distribuzione delle risorse che richiedono di impiegare<sup>31</sup>.

A partire da tali soluzioni, oggi, la riflessione teorica e la giurisprudenza sono chiamate a lavorare tanto sui principi che dovrebbero governare l’allocazione dei costi connessi alla garanzia dei diritti sociali nonché la gestione dei relativi oneri finanziari, quanto sui criteri di soluzione dei conflitti tra diritti, sociali, civili e politici<sup>32</sup>.

#### **b) Le difficoltà “istituzionali”**

Le difficoltà “istituzionali” sul terreno della giustiziabilità dei diritti sociali riguardano, tradizionalmente, la b.1) legittimazione e/o b.2) la competenza degli organi giudiziari rispetto ad essi<sup>33</sup>.

b.1) Il primo ordine di difficoltà rinvia alla dimensione “esterna” del rapporto tra diritti sociali e giurisdizione ed è, quindi, relativo alla possibilità di instaurare tale rapporto legittimamente, senza compromettere le prerogative decisionali delle istituzioni politiche. Contro questa possibilità si avanzano argomenti secondo i quali, in linea di massima, le corti non potrebbero pronunciarsi su questioni concernenti la garanzia dei diritti sociali perché queste implicano scelte riservate, per il principio della separazione dei poteri, agli organi politici<sup>34</sup>.

Si tratterebbe, infatti, di questioni che chiamano a scelte sull’impiego di risorse pubbliche la cui disponibilità è limitata e la cui allocazione, perciò, comporta una distribuzione di vantaggi che richiede un accordo democratico, definito in chiave rappresentativa e in sede politica, piuttosto che giudiziaria.

Vi sarebbe, cioè, un prezzo da pagare per l’effettività dei diritti sociali, connesso all’adempimento degli obblighi che ne derivano, e i cittadini non potrebbero essere

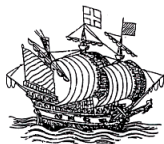
---

<sup>31</sup> Sui limiti, in tal senso, della “*conflict distinction*” si veda C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 275-279.

<sup>32</sup> R. Arango, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, *Ratio Juris*, (2003), 2, pp. 143-144.

<sup>33</sup> C. Fabre, *Constitutionalising Social Rights*, cit.

<sup>34</sup> Tra gli altri, si vedano L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, 92 (1978), pp. 353-409; D.L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, DC, Brookings Institution, 1977.



chiamati a pagarlo da organi, come quelli giudiziari, che non li rappresentano in via diretta<sup>35</sup>.

Questi argomenti riposano, da un lato, sull'idea già analizzata che i diritti sociali siano diritti positivi e, perciò, "costosi" a differenza dei diritti civili e politici che, in quanto negativi, possono essere soddisfatti "a costo zero"; dall'altro lato, sull'idea che il principio della separazione dei poteri riservi alle istituzioni politiche una competenza di *budget* esclusiva.

Su entrambi i fronti, però, si tratta di idee che rinviano a una visione "riduttiva" dei diritti e dei rapporti tra poteri politici e potere giudiziario negli ordinamenti democratico-costituzionali.

In primo luogo, come si è detto, l'idea che soltanto i diritti sociali, in quanto diritti a prestazioni "positive", comportino dei costi appare fondata su una rappresentazione di tali diritti ormai superata, sul piano concettuale o, quantomeno, applicativo.

In secondo luogo, negli ordinamenti democratico-costituzionali, il principio che attribuisce competenza di *budget* al legislatore deve essere contemperato con quello che attribuisce agli organi giudiziari competenza in materia di diritti<sup>36</sup>; da questo punto di vista, l'idea di una "riserva" politica assoluta in materia di *budget* ignora o mortifica il ruolo che la giurisdizione è legittimata a svolgere nelle scelte che orientano la vita di tali ordinamenti, anche con ricadute sulla gestione e distribuzione delle pubbliche risorse specie se, e quando, tali scelte riguardano i diritti dei cittadini. Le difficoltà istituzionali, perciò, non riguardano tanto la possibilità di configurare un legittimo intervento giudiziale sulle complesse questioni di bilancio sollevate dai diritti sociali, ma piuttosto il modo in cui tali possibilità devono essere sfruttate e, quindi, in cui l'azione giudiziale sul terreno della giustizia sociale debba svolgersi e combinarsi con quella politica senza violarne la sfera di competenza.

Da questo punto di vista, oggi, si pone il problema di definire il ruolo che la giustizia costituzionale è legittimata a svolgere, nel segno del difficile equilibrio tra giurisdizione e legislazione che deve caratterizzare gli ordinamenti democratico-costituzionali. Occorre, cioè, delineare i confini del giudizio sui diritti sociali per evitarne sovrapposizioni allo spazio delle scelte politiche ed elaborare, entro tali confini, i parametri cui tali scelte devono attenersi per soddisfare la soglia di protezione giuridica, e impegno istituzionale, che i diritti sociali richiedono. Da questo punto di vista, l'attuale panorama giurisprudenziale è segnato dall'alternativa tra modelli di giudizio che, come si vedrà, puntano in due diverse direzioni: da un lato, la connotazione del sindacato di costituzionalità in chiave reattiva, come strumento di difesa categorica del contenuto "essenziale" dei diritti sociali; dall'altro lato, la sua connotazione in chiave proattiva, come strumento di programmazione, e impulso, rispetto alla progressiva realizzazione dei diritti sociali.

---

<sup>35</sup> Tale argomento è usato anche con riferimento alle difficoltà che possono sorgere ove, in tempi di crisi economica, gli organi giudiziari possano far valere contro le istituzioni politiche i vincoli di spesa che i diritti sociali pongono alla gestione delle pubbliche risorse: vincoli siffatti impedirebbero quella flessibilità nella gestione politica dei pubblici bilanci necessaria in tempi di crisi. *Contra*, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 344, sottolinea come "proprio in tempi di crisi una protezione sociale, seppur minima, appare indispensabile"; si tratta, però, di una garanzia che gli organi giurisdizionali dovrebbero apprestare tenendo conto delle circostanze in cui essa deve realizzarsi, dando peso anche alle esigenze di flessibilità nella gestione delle pubbliche risorse.

<sup>36</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 344.



b.2) Il secondo ordine di difficoltà istituzionali riguarda la dimensione “interna” del rapporto tra giurisdizione e diritti sociali, quindi la possibilità per le corti di gestire i suddetti diritti con gli strumenti di cui esse dispongono.

Contro questa possibilità, si avanzano argomenti secondo cui le corti, seppur legittimate, non sono in grado di vagliare le complesse questioni, soprattutto finanziarie, connesse alla tutela dei diritti sociali: l’assenza di adeguate conoscenze e informazioni in merito ai meccanismi di gestione delle risorse pubbliche costituirebbe un insanabile *deficit* di competenza istituzionale<sup>37</sup>; inoltre, gli organi giudiziari sarebbero sprovvisti di strumenti procedurali che consentano di rimediare all’inerzia istituzionale sul terreno dei diritti sociali.

Il primo argomento è superabile in linea teorica, e sembra smentito dai fatti.

Innanzitutto, la competenza in materia di diritti sociali, specie se costituzionalizzati, non è riducibile a mera competenza finanziaria: si tratta di una materia complessa, che riguarda scelte e misure di politica costituzionale volte a definire le linee direttrici lungo le quali si svolgono i rapporti tra i cittadini e il sistema istituzionale in tutte le sue articolazioni, non solo economiche o politiche, ma anche giuridiche. Su tale materia, perciò, la competenza giudiziale non può essere plausibilmente esclusa; ciò non implica che la sfera delle decisioni giudiziali rispetto ai diritti sociali possa dirsi auto-sufficiente, ma certamente richiede che tale sfera non sia annullata né sacrificata.

Del resto, la garanzia e il soddisfacimento dei diritti sociali, come di tutti i diritti fondamentali, richiedono una “virtù passiva” di mediazione tra *expediency* e principi, e una lungimiranza, che la giurisdizione può mettere a frutto in quanto svincolata da immediati interessi di parte<sup>38</sup>.

Sul piano fattuale, poi, l’operato delle corti costituzionali in materia di diritti sociali sembra smentire l’assunto per cui esse non sarebbero in grado di trattare questioni dalle significative ricadute sui pubblici bilanci<sup>39</sup>.

Da tempo, infatti, esse trattano questioni relative alla tutela dei diritti sociali avvalendosi di *standards* giuridici, ma dimostrando competenza, o avvalendosi della competenza di esperti, in merito ai problemi di bilancio sollevati dalle scelte distributive che tali questioni pongono<sup>40</sup>. D’altra parte, gli organi giudiziari devono sempre misurarsi con problemi di bilancio quando sono chiamati a trattare questioni relative ai diritti, anche civili e politici, specie ove debbano essere temperati sacrificando al soddisfacimento di alcuni le risorse che potrebbero essere destinate al soddisfacimento di altri.

---

<sup>37</sup> L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, cit.; D.L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, cit., soprattutto pp. 17-19 e 255-299; A.C. Pereira-Menaut, “Against Positive Rights”, *Valparaiso University Law Review*, 22 (1988), pp. 359-383, soprattutto pp. 377-382; F.B. Cross, “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, 48 (2001), pp. 887-93.

<sup>38</sup> In tal senso, il riferimento è alle “virtù passive” della giurisdizione evidenziate da A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics*, New Haven, CT, Yale University Press, 1986; e all’esigenza di una “mediazione” istituzionale riguardo all’adempimento di doveri derivanti dai diritti analizzata da H. Shue, “Mediating Duties”, *Ethics*, (1988), 4, pp. 687-704.

<sup>39</sup> Si veda, a tal proposito, C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 263-284.

<sup>40</sup> M. Langford (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009; C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., p. 282 e ss.



Quanto al secondo argomento, esso sostiene che le corti sono prive degli strumenti necessari per rimediare alla violazione dei diritti sociali, soprattutto quando questa è frutto d'inerzia istituzionale. Si sostiene, cioè, che gli organi giudiziari non sono in grado di "costringere" l'azione politica in senso positivo, ma possono soltanto sollecitarla al raggiungimento di obiettivi la cui realizzazione dipende, in definitiva, da iniziative del legislatore e dei poteri esecutivi che la giurisdizione non può coartare e, soprattutto, da una disponibilità di risorse che essa non può controllare.

Contro tale argomento, si deve sottolineare<sup>41</sup> che le forme di tutela giurisdizionale ordinaria dei diritti sociali, ad esempio il diritto alla salute, alla previdenza, all'equa retribuzione, al lavoro, "non soltanto sono tecnicamente possibili, ma esistono e sono molteplici": dalle azioni di danno ai provvedimenti di urgenza<sup>42</sup>.

In sede di giustizia costituzionale, poi, le possibilità di intervento sono varie e vanno dalla censura di illegittimità degli atti istituzionali in conflitto con le norme costituzionali che sanciscono i diritti sociali, alla fissazione dei termini entro cui le istituzioni devono adoperarsi e intervenire per soddisfare tali diritti, fino all'esplicita formulazione giudiziale delle coordinate giuridiche in base alle quali le istituzioni devono adoperarsi e intervenire<sup>43</sup>. Si danno, quindi, possibilità di intervento "in negativo", per censurare leggi o atti normativi che segnano un arretramento nella tutela dei diritti sociali, negli ordinamenti ove è già apprestata, ma anche in "positivo", per dare impulso ad istituzioni politiche inerti.

La misura in cui interventi giudiziari siffatti possono trovare un effettivo riscontro nell'operato, e nella solerzia, delle istituzioni politiche dipende dall'equilibrio tra giurisdizione e legislazione e, più in generale, tra giustizia costituzionale e governo democratico nell'ordinamento, così come da questo equilibrio dipende l'efficacia dell'azione giudiziale in negativo, anche a tutela dei diritti civili o politici. Quest'ultima, infatti, pone dei limiti cui l'operato politico deve adeguarsi, ritornando sui passi compiuti.

È pur vero, però, che sul terreno dei diritti sociali gli strumenti disponibili alla giustizia costituzionale e l'equilibrio nei rapporti tra essa e le istituzioni politiche sono ancora incerti e in via di definizione.

In tal senso, oggi, è determinante il *modo* in cui l'azione giudiziale saprà svilupparsi a partire dalle proprie possibilità tecniche e dalle ragioni istituzionali che la giustificano, per dare un concreto spessore alle garanzie che assistono i diritti sociali. Tirando le somme dell'analisi svolta finora, essa va incontro soprattutto a tre ordini di difficoltà: l'elaborazione di una strategia interpretativo/argomentativa che consenta di focalizzare gli aspetti giustiziabili dei diritti sociali e lavorare su essi; l'inquadramento degli obblighi derivanti da tali diritti; la valutazione dei costi connessi alla loro tutela.

---

<sup>41</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 345; L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, cit., pp. 31-32.

<sup>42</sup> L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, cit., p. 32.

<sup>43</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 345.





### 3. Il giudizio sui diritti sociali tra *core approach* e ragionevole realizzazione

Le Corti costituzionali impegnate nella gestione dei diritti sociali hanno prodotto, in poco tempo, una vasta giurisprudenza<sup>44</sup> che offre soluzioni solo parziali alle difficoltà cui si è accennato, nel segno dell'alternativa tra il *core approach* e l'approccio che abbiamo definito della "ragionevole realizzazione". Entrambi sono il frutto di un adattamento ai diritti sociali di modelli giudiziari già da tempo applicati ai diritti civili e politici: il modello della categorizzazione e il modello del "ragionevole bilanciamento".

Il primo caratterizza l'attività giudiziale in chiave di "etichettamento e classificazione"<sup>45</sup> delle ragioni che i diritti esprimono e dei limiti che pongono all'operato istituzionale: la risultante tassonomia dovrebbe consentire di rifarsi, in sede giudiziale, a un pre-definito "ambito di applicazione" dei diritti fondamentali per rilevare ciò che è riconducibile ad esso e ciò che ne resta escluso<sup>46</sup> e farlo valere, rispettivamente, come regola o eccezione rispetto alla loro tutela.

Il secondo modello, invece, caratterizza l'attività giudiziale come ponderazione<sup>47</sup> delle ragioni normative espresse dai diritti finalizzata a soddisfarle "ragionevolmente", cioè secondo il peso che assumono nel bilanciamento con ragioni di pari rango normativo, alla luce delle circostanze di fatto in cui vengono in rilievo.

Su questo piano, la diversa "piega" presa dal sindacato giudiziale dipende dal modo in cui sono inquadrare le garanzie costituzionali dei diritti sociali: in base alla loro costruzione<sup>48</sup> come regole o come principi, tale sindacato può applicarle in chiave categorica o ponderativa. Si tratta, quindi, di modelli che valorizzano due diverse forme di ragionamento giudiziale: il primo tende a gestire le ragioni normative con gli strumenti del ragionamento deduttivo e analogico, in base a criteri di correttezza forniti da regole di inferenza; il secondo, invece, connota la gestione di tali ragioni in chiave argomentativa, come esercizio della razionalità pratica governato da criteri di ponderazione e temperamento variamente articolati in chiave sostanziale (eguaglianza, dignità umana, libertà, efficienza) e procedurale (coerenza, universalizzabilità, proporzionalità).

Entrambi i modelli conoscono declinazioni diverse. Del primo può darsi una versione che delimita l'ambito di applicazione dei diritti per stabilire sia ciò che vi rientra, sia ciò

---

<sup>44</sup> M. Langford (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009.

<sup>45</sup> K. Sullivan, "Categorization, Balancing, and Government Interests", in S. Gottlieb (a cura di), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1993, p. 241.

<sup>46</sup> G. Pino, "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi", *Ragion pratica*, (2007), 1, pp. 219-276, p. 241.

<sup>47</sup> Quella del bilanciamento è una metafora ricorrente nel discorso giuridico, ampiamente usata per descrivere la logica, di ponderazione e accomodamento di interessi, che governa la disciplina giuridica nei più svariati ambiti, tesa a stabilire un equilibrio tra esigenze concorrenti e contrapposte. Qui si fa riferimento al bilanciamento come metafora usata, in modo più specifico, per "descrivere una tecnica giudiziale di composizione di interessi o diritti in conflitto" (così A. Morrone, "Bilanciamento (giustizia costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 185).

<sup>48</sup> R. Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights*, (2010), 1, pp. 21-32, e F. Schauer, "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law & Ethics of Human Rights*, (2010), 1, pp. 34-45.





che ne resta escluso; una versione che determina solo il *core*, cioè il contenuto essenziale dei diritti, per immunizzarlo da interferenze o indebite compressioni<sup>49</sup>; una versione, ancora, che determina il *core* dei diritti in negativo, classificando le ipotesi in cui la sua compressione è ammissibile. Possono darsi, poi, approcci categorizzanti “statici” che tendono ad assumere come fisso l’ambito di applicazione dei diritti, o “dinamici” che assumono tale ambito come duttile e lasciano all’interprete dei margini di specificazione, rispetto ad esso, più o meno ampi.

Il secondo, cioè il modello del ragionevole bilanciamento, può puntare a esprimere un equilibrio tra i concreti interessi vantati in giudizio o ad armonizzare le ragioni “normative” che fondano la tutela di quegli interessi, toccando il livello dei valori che la giustificano<sup>50</sup>. Esso, poi, può essere “definitorio”, quindi produrre schemi ponderativi concepiti per diventare stabili e vincolare le ponderazioni future, oppure “*ad hoc*”<sup>51</sup>, ossia circoscrivere al caso di specie la portata delle ponderazioni svolte<sup>52</sup>.

In materia di diritti sociali, il modello della categorizzazione è declinato, tendenzialmente, nella versione che richiede di determinare, in chiave più o meno statica a seconda delle applicazioni, il *core* dei diritti sociali e, con esso, il “livello essenziale” di realizzazione, e difesa, degli interessi che li sottendono. Il modello del ragionevole bilanciamento, invece, tende ad essere applicato in chiave di armonizzazione tra ragioni normative secondo criteri di proporzionalità<sup>53</sup>.

---

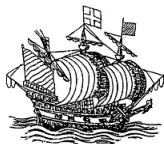
<sup>49</sup> Tale tecnica si è affermata, in ambito europeo, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca (si vedano, ad esempio, BVerfGE 82, 60 e BVerfGE 40, 121), della Corte Costituzionale italiana (si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 341/1999 e 185/1988) e della Corte Costituzionale spagnola (in particolare, la nota sentenza STC 11/1981).

<sup>50</sup> In quest’ottica, si può distinguere il bilanciamento tra principi dall’*interest balancing*, almeno sul piano concettuale, dato che nella pratica giudiziaria la cesura tra il contemperamento di principio e quello dei concreti interessi in gioco è, spesso, sfumata.

<sup>51</sup> Per una distinzione tra queste due forme di bilanciamento si vedano M.B. Nimmer, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, *California Law Review*, (1968), 4, pp. 935-967, e T.A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, 96 (1987), pp. 980-982.

<sup>52</sup> Immaginando un *continuum* di approcci giudiziari, agli estremi opposti di esso possiamo porre la categorizzazione “pura”, che procede per regole da specificare il meno possibile in sede di giudizio, e il bilanciamento *ad hoc*, che procede attraverso ponderazioni “caso per caso”, evitando di produrre schemi di bilanciamento vincolanti per il futuro; tra questi due estremi, si pongono l’approccio specificazionista, che deriva da regole generali le regole più specifiche per i casi di volta in volta considerati, e l’approccio proporzionalista che tende a definire e consolidare, nel tempo, relazioni di congruità e bilanciamenti. Il discrimine tra questi ultimi due approcci, quindi, è molto sottile. In tal senso, si veda J.J. Moreso, “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism”, *Ratio Juris*, (2012), 1, pp. 31-46.

<sup>53</sup> L’analisi di proporzionalità sviluppata dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca (caso *Apothekenurteil*, Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 7, 377 del giugno 1958), rappresenta un punto di riferimento fondamentale per le Corti costituzionali che in tutto il mondo rinviano esplicitamente ad essa e ai tre *test* (necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu*) in cui si articola: basti ricordare la Corte Suprema canadese (*R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103, 1986) la Corte Suprema israeliana (*United C.A. 6821/93 Mizrahi Bank plc v. Midgal Cooperative Village* IsrSC 49(4) 221, 1995 e HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel* IsrSC 58(5) 807, 2004), la Corte Costituzionale italiana (si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 27/1975, 145/2002) la Corte Costituzionale spagnola (si vedano, tra le altre le pronunce STC 66/1995, 207/1996, 37/1998), e la Corte di Giustizia europea (C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*).



Tra queste due tendenze giudiziali si registra uno scarto significativo riguardo ai tre aspetti problematici del giudizio sui diritti sociali che abbiamo evidenziato: la definizione della strategia interpretativo/argomentativa; la rappresentazione degli obblighi che derivano dai diritti sociali; l'apprezzamento delle circostanze di fatto, specie di natura economica, che possono richiedere una limitata realizzazione e un limitato adempimento, rispettivamente, di tali diritti ed obblighi.

### **3.1 Le strategie giudiziali: tra regole di priorità e ragionevole ponderazione**

Gli approcci giudiziali presi in esame prospettano due strategie interpretativo-argomentative accomunate dalla consapevolezza della complessità che caratterizza il contenuto e la struttura dei diritti sociali, ma adottano chiavi di lettura differenti per decifrarla e stabilire quanto, e come, tali diritti debbano farsi spazio in sede applicativa. Nel caso del *core approach*, infatti, l'interprete "converte" le garanzie dei diritti sociali in regole che lasciano pochi margini ad eccezioni, implicite; il modello della ragionevole realizzazione, invece, attribuisce a quelle garanzie una duttilità sostanziale che deve essere plasmata in chiave argomentativa, per convertirla in principi di tutela da ponderare secondo i sottostanti interessi. Più precisamente, il primo approccio vuole fornire all'interprete gli strumenti per convertire il contenuto "essenziale" delle garanzie dei diritti in regole di priorità che ne pre-determinano la prevalenza, in sede applicativa, su altre esigenze normative; il secondo approccio, invece, fornisce all'interprete gli strumenti per ponderare i diritti in chiave di ragionevolezza, cioè alla luce delle circostanze di fatto e di diritto in cui devono essere garantiti secondo criteri di proporzionalità: si comprimono, o espandono, in relazione a ragioni confliggenti nella misura in cui ciò è i) necessario, ii) adeguato al raggiungimento di uno scopo legittimo e iii) proporzionale *stricto sensu* al peso che essi assumono nel bilanciamento con le ragioni confliggenti<sup>54</sup>.

#### **3.1.1 Il core approach e la determinazione del contenuto essenziale dei diritti sociali**

Sulla diffusione e gli sviluppi del *core approach* in materia di diritti sociali ha influito l'adesione ad esso da parte della Commissione delle Nazioni Unite avente il compito di monitorare l'applicazione del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)<sup>55</sup>. La Commissione, infatti, valuta l'operato degli Stati aderenti al

---

<sup>54</sup> Secondo il nesso tra ragionevolezza e proporzionalità teorizzato da R. Alexy, "The Reasonableness of The Law", in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 5-15.

<sup>55</sup> La Commissione ICESCR, composta da diciotto esperti indipendenti, è stata istituita con la ECOSOC Resolution 1985/17 del 28 maggio 1985. Gli Stati aderenti all'ICESCR trasmettono alla Commissione dei periodici rapporti sull'implementazione dei diritti che il Patto garantisce; la Commissione esamina tali rapporti ed esprime, in merito all'operato degli Stati, le proprie valutazioni e raccomandazioni. Dal 2008, la Commissione è competente anche rispetto a istanze individuali concernenti la tutela dei diritti garantiti dall'ICESCR. Le interpretazioni dell'ICESCR offerte dalla Commissione, trovano conferma nelle interpretazioni offerte dai "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" del 1987 (<[www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html)>) e dalle "Maastricht Guidelines on Violations of



Patto svolgendo funzioni *lato sensu* giudiziali i cui esiti sono resi noti con periodici commenti<sup>56</sup> che hanno orientato la giurisprudenza di molte Corti Costituzionali.

Da tale giurisprudenza e dai commenti della Commissione emerge una strategia giudiziale che, nelle sue differenti declinazioni<sup>57</sup>, può dirsi caratterizzata: a) dalla centralità accordata all'idea di *core*, cioè di “contenuto essenziale”, dei diritti sociali, quale parametro delle operazioni giudiziali tese a interpretarli e applicarli; b) dalla connotazione di tali operazioni in chiave di discernimento degli elementi che costituiscono il *core* dei diritti sociali e di determinazione, in relazione a questi elementi, della soglia minima di “realizzazione” e “protezione” che i diritti sociali richiedono; c) dall'idea che il raggiungimento di tale soglia possa esigersi, e ottenersi, in chiave tendenzialmente categorica<sup>58</sup>.

a) I commenti generali della Commissione ICESCR e la giurisprudenza orientata da essi ricorrono allo *standard* del *core* come parametro che richiede di identificare il nucleo giuridico “minimo” dei diritti sociali per tracciare intorno ad esso il perimetro di un'azione giudiziale difensiva, tesa a garantirne la *piena* realizzazione e/o protezione.

La Commissione ha delimitato, in questi termini, il contenuto essenziale di un ampio spettro di diritti sociali (dal diritto al cibo al diritto alla salute, dal diritto all'istruzione al diritto all'acqua, dal diritto al lavoro al diritto alla sicurezza sociale)<sup>59</sup> e richiamato, in via perentoria, gli Stati aderenti all'ICESCR sia ad attivarsi per realizzarlo pienamente, sia ad astenersi dal violarlo; anche la Corte colombiana ha determinato gli aspetti essenziali del diritto alla salute, costitutivi del “minimo vitale”, per esigerne l'immediata tutela/realizzazione in favore di soggetti ascrivibili a categorie anch'esse puntualmente identificate<sup>60</sup>; la Corte costituzionale indiana, pur senza menzionare espressamente il *core* dei diritti sociali, ne ha progressivamente identificato le garanzie “essenziali” stabilendo, in parallelo, ciò che è “minimamente richiesto” per realizzarle e, dunque, non è “negoziabile”<sup>61</sup>.

---

Economic, Social and Cultural Rights” del 1997 (<<http://www.fao.org/righttofood/kc/downloads/vl/en/details/212297.htm>>), che leggono le disposizioni del Patto in chiave “specificazionista” e ne prospettano un'applicazione “categorica” a tutela del *core* dei diritti sociali.

<sup>56</sup> Tutti i commenti generali sono reperibili in <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>.

<sup>57</sup> K.G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of Constitutional Law*, 33 (2008), pp. 112-175.

<sup>58</sup> Questi tratti sono evidenti, per quanto concerne l'approccio adottato dalla Commissione ICESCR, ad esempio, nel *General Comment No. 13*, “The Right to Education”, 1999, e nel *General Comment No. 4*, “The Right to Adequate Housing”, 1991.

<sup>59</sup> Per citarne solo alcuni: *General Comment No. 13*, “The Right to Education”, cit.; *General Comment No. 15*, “The Right to Water”, 2002; *General Comment No. 12*, “The Right to Adequate Food”, 1999; *General Comment No. 14*, *The Right To The Highest Attainable Standard Of Health*, 2000; *General Comment No. 19*, “The Right To Social Security”, 2008; *General Comment No. 18*, “The Right to Work”, 2005.

<sup>60</sup> Si veda la C.C. Sentencia T-426/92, che rinvia, precisamente, al concetto di “essential nucleus” dei diritti; a partire da tale concetto la Corte colombiana ha elaborato, nel tempo, una dottrina del “minimo vitale” quale *standard* giudiziale da utilizzare, in chiave specificazionista, in materia di diritti sociali.

<sup>61</sup> *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) AIR SC 2426. Per una più approfondita ricostruzione di queste due versioni applicative del *minimum core approach* si veda J. Choudry, *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights. A Comparative*



Ciò che accomuna questi diversi usi, più o meno espliciti, del *core approach* è l'idea che "all'interno di un diritto" v'è "un ambito che è ben definito e individuabile in maniera astratta" e indica un "perimetro intangibile"<sup>62</sup>, oggetto di una difesa giudiziale che non ne ammette violazioni, in positivo e in negativo; in tal senso, il *core approach* segue una strategia giudiziale che muove da premesse alquanto impegnative circa gli aspetti essenziali dei diritti sociali, la cui selezione, effettuata "restringendo in via definitoria e astratta l'ambito di applicazione"<sup>63</sup> di tali diritti, precede e guida le operazioni giudiziali.

Per quanto di cruciale rilievo per tali premesse, però, il concetto di *core* è ancora "in cerca di contenuto"<sup>64</sup> dato che sia i commenti della Commissione, sia la giurisprudenza costituzionale, sia la riflessione teorica ne offrono le declinazioni più diverse: da quella che lo inquadra in chiave sostanziale, cioè a partire dall'"essenza normativa" dei diritti sociali, a quella che lo identifica con il nucleo di tutele sulle quali vi è accordo tra gli operatori giuridici e istituzionali, dunque a partire dal "consenso" istituzionale; fino a quella che, come si vedrà, lo definisce in via "indiretta", specificando la gamma di obblighi "essenziali" derivanti da esso.

b) Il *core approach* pretende di sottrarre il contenuto essenziale dei diritti sociali, declinato nelle differenti versioni di cui si è detto, a bilanciamenti e compressioni che possano svuotarlo. A tal fine, il giudizio sui diritti sociali non può modulare il "peso" normativo del *core* dei diritti, ma deve far luce sui suoi contorni che racchiudono un nucleo dalla carica prescrittiva irriducibile e costante.

Alla pienezza e integrità di questo nucleo essenziale, in quest'ottica, viene associata una soglia tendenzialmente fissa e "non derogabile" di realizzazione/difesa dei diritti sociali, cui attenersi tanto nel garantirli con strumenti legislativi e amministrativi, quanto nel prestare ad essi garanzie giudiziali. Su queste basi, i commenti generali della Commissione delle Nazioni Unite richiedono agli Stati aderenti all'ICESCR di garantire un soddisfacimento dei diritti sociali che deve essere quanto più immediato è possibile e deve, comunque, essere "pieno" cioè raggiungere un livello "minimo essenziale" che non ammette ridimensionamenti<sup>65</sup>.

c) Alla base di questa attitudine categorica vi è una concezione dei diritti sociali come entità normative da difendere nei loro aspetti essenziali, non assoggettabili a bilanciamenti e ponderazioni che potrebbero giungere ad azzerarne la portata normativa: questa, una volta "riconosciuto" e delimitato con precisione l'ambito in cui si dispiega, deve affermarsi pienamente.

In questa prospettiva, la realizzazione del *core* dei diritti sociali richiede la profusione di un impegno istituzionale che, per un verso, non può scendere al di sotto della soglia minima fissata in base ai livelli essenziali di realizzazione/non regressione

---

*Perspective*, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, (2009), 27, <[http://scholarship.law.cornell.edu/lps\\_clacp/27](http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/27)>.

<sup>62</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 159.

<sup>63</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 157.

<sup>64</sup> K. G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", cit.

<sup>65</sup> La Corte Costituzionale colombiana, in quest'ottica, ha stabilito che il contenuto essenziale del diritto alla salute deve trovare un'applicazione categorica, "immediata" oltre che "piena", sulla quale non è possibile negoziare, mentre gli aspetti del diritto che esulano da quel contenuto possono essere realizzati gradualmente.



associabili ad esso, sempre a priori e in via definitiva; per altro verso, esige la profusione del massimo impegno possibile. In questi termini, il *core approach* favorisce un'analisi giudiziale che rischia di essere de-contestualizzata, isolando il *core* dei diritti da ragioni concorrenti o confliggenti e riducendo al minimo i margini entro cui modulare le garanzie apprestate ad esso alla luce delle circostanze economiche, sociali e politiche rilevanti ai fini del giudizio.

### 3.1.2 Il modello della “ragionevole realizzazione” e l’analisi di proporzionalità

La Corte Costituzionale sudafricana ha adottato una strategia giudiziale, alternativa a quella del *core approach*, che è divenuta un importante punto di riferimento per il dibattito teorico-costituzionale.<sup>66</sup>

Tale strategia, che può dirsi volta a garantire una “ragionevole realizzazione” dei diritti sociali, ha preso forma gradualmente, con le pronunce sui casi *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign*, e *Khosa*<sup>67</sup>, da cui emerge un disegno giudiziale che, nel complesso, a) insiste sull’idea normativa di ragionevolezza, quale *standard* che governa le operazioni giudiziali in materia di diritti sociali; b) connota tali operazioni in chiave di ponderazione e analisi di proporzionalità dei diritti; c) punta al soddisfacimento di questi ultimi in una misura “ragionevole”, da stabilire alla luce del contesto giuridico, economico, sociale, storico, in cui deve realizzarsi.

a) La strategia messa a punto dalla Corte sudafricana richiede di vagliare gli interventi istituzionali in materia di diritti sociali secondo lo *standard* della ragionevolezza, inteso come parametro di legittimità che esige di “realizzare progressivamente” tali diritti “nei limiti delle risorse disponibili”<sup>68</sup>. Esso, più precisamente, esige che i diritti sociali siano realizzati secondo criteri di ragionevole progressività che non attengono soltanto ai tempi, ma anche alla misura del loro soddisfacimento: questo è progressivo se proporzionale al peso che può attribuirsi ai

---

<sup>66</sup> Soprattutto nello scorso decennio, infatti, tale dibattito ha assunto il “modello sudafricano” di garanzia giudiziale dei diritti sociali come l’emblematico prodotto di un approccio cauto, ma efficace. Tale approccio è parte di un più ampio progetto costituzionalistico che in quei diritti, e nella loro giustiziabilità, riconosce il motore di “trasformazioni” giuridiche e socio-economiche che devono svolgersi all’insegna di valori esplicitamente richiamati dalla Costituzione *post-apartheid*: la dignità umana, l’eguaglianza, la libertà individuale. La Corte del Sudafrica, in effetti, ha dato un contributo importante all’avvio di tali trasformazioni e alle scelte politico-costituzionali che hanno dato ad esse un indirizzo, attraverso un esercizio del sindacato giudiziale non categorico, ma teso a un’applicazione “contestualizzata” delle garanzie costituzionali sul terreno della giustizia sociale. Tra le analisi più approfondite e favorevoli al “modello sudafricano” si vedano, in particolare, S. Fredman, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, cit.; F.I. Michelman, “The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification”, *International Journal of Constitutional Law*, (2003), 1, pp. 13-34; C.R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York, NY, Oxford University Press, MA, 2002; trad. it., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, cit.; M.S. Kende, *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009.

<sup>67</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1997 (CCT32/97); *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000, cit.; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (CCT8/02); *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others, Mahlaule and Another v Minister of Social Development* 2004 (CCT 13/03, CCT 12/03).

<sup>68</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, cit., para. 41-46.





diritti sociali nel contesto della loro realizzazione, identificate e ponderate le ragioni che essi esprimono.

In tal senso, il modello della ragionevole realizzazione richiede all'interprete di elaborare il contenuto delle norme che garantiscono i diritti sociali per dare consistenza ad esse entro i confini di un'argomentazione centrata sulle ragioni che i diritti sociali esprimono e razionale: in questi termini la Corte sudafricana rinvia, in chiave sostanziale, ai principi della dignità umana, dell'eguaglianza e della libertà, e in chiave procedurale a una sequenza argomentativa scandita da criteri di proporzionalità.

b) I passaggi argomentativi, e i relativi criteri di razionalità procedurale, da adottare entro lo schema giudiziale in questione sono stati specificati dalla Corte sudafricana con la pronuncia *Khosa*. Questa chiarisce che il vaglio di ragionevolezza deve avvalersi di criteri di proporzionalità<sup>69</sup> costruiti a partire dalla *Section 36* della Costituzione sudafricana, cioè la norma sui limiti ai diritti fondamentali. Tale norma richiede di “valutare se i limiti [posti dal legislatore]” alla realizzazione dei diritti costituzionalmente protetti “siano ragionevoli e giustificabili” guardando a “la natura del diritto; la natura e la misura del limite; la rilevanza del fine per cui il limite è stato imposto; la relazione tra il limite e il fine perseguito e l'esistenza di mezzi meno restrittivi per realizzare tale fine”<sup>70</sup>.

Secondo l'interpretazione offerta dalla Corte, si tratta di una norma che, applicata ai diritti sociali, richiede di valutare se gli interventi istituzionali che li riguardano “siano ragionevoli e giustificabili” secondo i principi di dignità, eguaglianza e libertà; adeguati al raggiungimento di fini connessi a tali principi; tali da realizzare i diritti sociali in proporzione al “peso” normativo che questi assumono in relazione ad altre esigenze, di pari rango normativo, di cui le istituzioni debbano tener conto nelle circostanze in cui operano. L'azione istituzionale, cioè, deve perseguire la realizzazione dei diritti sociali secondo i principi costituzionali che la giustificano con strumenti adeguati e in una misura proporzionale al peso che i diritti assumono, bilanciato con quello di ragioni concorrenti o contrastanti. In tal senso, l'inerzia o i regressi istituzionali nella realizzazione dei diritti sociali sono giustificabili se non eccedono la misura in cui le ragioni da cui scaturiscono possono dirsi bilanciate con quelle che i diritti esprimono.

Sotto questo aspetto, l'iter giudiziale appare più trasparente, rispetto ai criteri seguiti, di quello fondato sul riferimento a un *core* dei diritti dall'ambigua e mutevole consistenza che si serve, perciò, di criteri “opachi”; dal punto di vista sostanziale, invece, il lavoro di ponderazione dei diritti sociali svolto dalla Corte è ancora, per molti aspetti, incompiuto.

c) I criteri di giudizio che la Corte sudafricana deriva dallo *standard* di ragionevolezza favoriscono una ponderazione dei diritti sociali “contestualizzata”, richiedendo particolare attenzione alle concrete circostanze in cui devono realizzarsi, o neutralizzarsi, gli interventi istituzionali oggetto di sindacato giudiziale. Più

---

<sup>69</sup> *Khosa & Ors v Minister of Social Development & Ors.*, cit., pp. 71 e ss.

<sup>70</sup> La norma stabilisce che: “The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights”.



precisamente, occorre verificare che tali interventi tengano in adeguata considerazione il peculiare contesto economico, sociale e storico in cui le istituzioni sono chiamate ad agire, o astenersi dall'intervenire, per realizzare, o non violare, un diritto sociale. Su questo terreno, si deve verificare che gli interventi istituzionali facciano riferimento ai bisogni di coloro che, nel contesto preso in considerazione, sono nelle condizioni di più grave disagio<sup>71</sup>, e, inoltre, che tali interventi siano "flessibili e provvedano ad alleviare i bisogni nel breve, medio e lungo periodo" senza escludere segmenti significativi della società e siano oggetto di una "continua revisione" perché le condizioni di realizzazione dei diritti non sono statiche<sup>72</sup>. Non v'è, qui, un nucleo essenziale, intangibile, dei diritti sociali né una soglia di garanzia pre-determinata in base alla misura in cui si assume che tale nucleo possa dirsi realizzato e protetto. V'è, però, uno standard di ragionevolezza che, in chiave di proporzionalità, pone "un limite ai limiti" che la garanzia dei diritti sociali può incontrare: "più un diritto viene compresso, più diventa resistente"<sup>73</sup> e la misura in cui ciò può avvenire si stabilisce bilanciando le ragioni che esso esprime con ragioni concorrenti.

### 3.2 Dai diritti sociali ai doveri: obblighi "di realizzazione" ed obblighi "di non regressione"

Alla base di entrambe le strategie giudiziali in esame vi è la consapevolezza del ruolo fondamentale che l'inquadramento del nesso tra diritti ed obblighi gioca nel giudizio sui diritti sociali.

Come si è già sottolineato, infatti, tale giudizio è tradizionalmente messo in discussione facendo leva sulla natura positiva dei diritti sociali a fronte degli obblighi che essi pongono: si sostiene che il soddisfacimento di tali diritti richiede azioni non determinabili, non coercibili con strumenti giudiziali e "costose", quindi subordinate all'impiego di risorse che, però, non sempre sono disponibili; dei diritti sociali, allora, non potrebbe esigersi quel soddisfacimento pieno ed immediato che la tutela giudiziale dei diritti fondamentali, invece, dovrebbe garantire<sup>74</sup>.

Gli approcci in esame prendono le distanze da questa impostazione per rinviare alla logica, esposta in precedenza, secondo cui ai diritti sociali devono associarsi obblighi "multiformi", aventi ad oggetto sia la realizzazione degli interessi sottesi ai diritti sociali, sia l'astensione da regressioni sul terreno della loro tutela.

Si assume, così, che dai diritti sociali derivi una rete di obblighi che richiedono un impegno istituzionale in positivo e in negativo; che tali obblighi possano essere

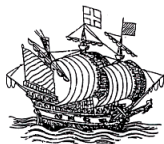
---

<sup>71</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, cit., para. 44. Secondo tale criterio, cioè, per il superamento del test di ragionevolezza non è sufficiente che la misura o il programma soggetto a vaglio giudiziale possa realizzare un vantaggio "statistico", cioè soddisfacente rispetto alla media dei bisogni dei cittadini, ma deve puntare a garantire quella "cura e considerazione" per ciascuno che la Costituzione sudafricana esige: "se la misura, per quanto statisticamente soddisfacente, non risponde ai bisogni di coloro che versano nelle condizioni più disperate, può non superare il test".

<sup>72</sup> *Ibid.*, para. 43. Su questi passaggi giudiziali, si veda F. Coomans, "Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the "Reasonableness" Test as Developed by the South African Constitutional Court", *Heidelberg Journal of International Law*, 65 (2005), pp. 167-196.

<sup>73</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 195.

<sup>74</sup> C. Fried, *Right and Wrong*, cit., p. 110.



determinati secondo *standards* giuridici, dipanando la rete di relazioni che li tiene insieme; che possano essere distribuiti tra le istituzioni e che queste possano sostenere, e programmare, i costi connessi al loro adempimento, in positivo e in negativo<sup>75</sup>. Entro questa prospettiva, però, i modelli giudiziari in esame tracciano percorsi diversi, per offrire rappresentazioni differenti della rete di obblighi istituzionali.

### 3.2.1 Il core obligations approach della Commissione ICESCR

Nei suoi commenti più recenti, la Commissione delle Nazioni Unite ha adottato quello che può definirsi come un *core obligations approach*, spostando il fuoco della propria attività di “etichettamento e classificazione” dai diritti agli obblighi<sup>76</sup> con esiti che richiamano, molto da vicino, la classificazione degli obblighi derivanti dai diritti “di base” proposta da Henry Shue<sup>77</sup>. Essa ha proceduto identificando un meta-obbligo di “assicurare il soddisfacimento, almeno, dei livelli minimi essenziali di godimento di ogni diritto sancito dalla Convenzione” e tre categorie generali di obblighi, di “rispetto, protezione e realizzazione” derivabili da esso; ha specificato e catalogato, poi, le *core obligations*, tutte “prioritarie”, per ciascuna categoria<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Si vedano la pronuncia sul caso *Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* 2004 (CCT74/03) e il *General Comment No. 3*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “The Nature of States Parties Obligations”, cit.

<sup>76</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, “The Right to The Highest Attainable Standard of Health”, 2000.

<sup>77</sup> Questa “tripartizione” degli obblighi derivanti dai diritti sociali è stata introdotta da H. Shue, *Basic Rights*, cit., e sviluppata dal *General Comment No. 12*, “The Right to Adequate Food”, 1995, <<http://www.ohchr.org/english/bo-dies/cescr/comments.htm>>. Per una critica alla tesi di Shue secondo la quale i diritti fondamentali (“basic rights”) fondano sempre doveri negativi e positivi al contempo, per cui non possono essere classificati in base a correlazioni con doveri puramente positivi o negativi, si veda C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 273-275.

<sup>78</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, cit., para. 33 e ss., ad esempio, definisce l’elenco di *core obligations* derivanti dal diritto alla salute. Gli obblighi di “rispetto” sono quelli che hanno ad oggetto la “non interferenza diretta o indiretta con l’esercizio del diritto”, quali l’obbligo di non negare o limitare l’eguale accesso per tutti gli individui a servizi sanitari preventivi, curativi e palliativi; o di astenersi dall’imposizione di pratiche sanitarie discriminatorie nei confronti delle donne; o, ancora, di astenersi da illegittimi interventi che contribuiscano ad inquinare l’acqua o il suolo. Gli obblighi di protezione sono quelli che hanno ad oggetto l’adozione di misure che prevengono l’interferenza di terzi con il godimento delle garanzie” che assistono il diritto; ad esempio, il dovere dello Stato di adottare misure legislative o di altra natura atte ad assicurare l’eguale accesso all’assistenza, ai beni e ai servizi sanitari; di assicurare che la privatizzazione del settore sanitario non costituisca un pericolo per la disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità delle strutture e dei servizi sanitari; di proteggere tutti i soggetti vulnerabili o i gruppi sociali marginalizzati, in particolare donne, bambini, adolescenti e anziani, da forme di violenza di genere. L’obbligo di realizzazione infine, ha ad oggetto il dovere di “facilitare, fornire e promuovere” il godimento del diritto; ad esso sono ascrivibili obblighi più specifici come quello di dare “sufficiente” riconoscimento al diritto alla salute a livello politico e legislativo, preferibilmente attraverso l’adozione di misure legislative tese ad implementare tale diritto, e di adottare politiche sanitarie nazionali che pianifichino in modo dettagliato la realizzazione di tale diritto; l’obbligo di assicurare l’assistenza sanitaria, inclusi programmi di vaccinazione contro le malattie infettive più gravi, e di assicurare a tutti l’eguale accesso ai determinanti di salute, come un’alimentazione sicura, l’acqua potabile, adeguate condizioni abitative e di vita più in generale; ancora, la predisposizione di infrastrutture che forniscano assistenza sanitaria per esigenze legate alla sfera sessuale e riproduttiva, incluse quelle concernenti la una gravidanza “sicura”, specialmente nelle aree rurali.



Questa puntuale classificazione degli obblighi derivanti dai diritti sociali si combina con la catalogazione, altrettanto puntuale, delle “violazioni” di tali obblighi, cioè delle misure o condotte istituzionali che possono minare il *core* dei diritti o impedirne la realizzazione.

Tale approccio, così, vincola il giudizio a una tassonomia di regole di responsabilità istituzionale, che specificano le norme dell’ICESCR: vi è una gamma di obblighi “essenziali” e “prioritari” di cui non si può graduare la portata e sul cui adempimento non si può transigere<sup>79</sup>.

L’adempimento di tali obblighi, infatti, definisce il livello “minimo essenziale” di tutela, in positivo e in negativo, dei diritti sociali, dunque un’inderogabile soglia di impegno che le istituzioni devono approfondire per non venir meno alle proprie responsabilità sul terreno della giustizia sociale. La soglia massima, invece, non è specificata, ma genericamente identificata con la garanzia del “godimento massimo” dei diritti sanciti dalla Convenzione: adempite le *core obligations*, le istituzioni dovrebbero sempre adoperarsi, in via ulteriore, per la realizzazione ed implementazione dei diritti sociali<sup>80</sup>.

In quest’ottica, la Commissione interpreta la norma dell’ICESCR<sup>81</sup> secondo la quale gli Stati aderenti al Patto hanno l’obbligo di compiere i passi necessari per raggiungere *progressivamente* la realizzazione dei diritti sociali: “il concetto di progressiva realizzazione esprime la consapevolezza che la piena realizzazione di tutti i diritti sociali, economici e culturali, non potrà essere raggiunta in un lasso di tempo breve”, ma ciò non significa che possa essere interpretato in modo da ridimensionare la portata dell’obbligo di una realizzazione *piena*” per la quale occorre “adoperarsi [...] nel modo più rapido ed efficace possibile”<sup>82</sup>.

### 3.2.2 Proporzionalità ed obblighi di progressiva realizzazione

Così come il *core approach*, anche l’approccio della ragionevole realizzazione rinvia a una rete policentrica di obblighi “multiformi” derivanti dai diritti sociali in capo alle istituzioni. In tal senso, esso richiede agli organi giudiziari di valutare se le istituzioni, per un verso, abbiano adempiuto l’obbligo di adottare misure atte a garantire la ragionevole realizzazione del diritto sociale in gioco e, per altro verso, abbiano adempiuto l’obbligo di non adottare *retrogressive measures*, cioè misure che segnino un irragionevole arretramento istituzionale rispetto alle garanzie già realizzate.

Intorno a questi due meta-obblighi, però, la Corte sudafricana non costruisce una tassonomia di obblighi più specifici e prioritari, ma piuttosto procede ponderando i principi che li stabiliscono per articolarne il contenuto secondo i parametri di ragionevolezza, procedurali e sostanziali, già esposti.

---

<sup>79</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, cit., para. 47 e ss.

<sup>80</sup> Si veda, in tal senso, il para. 24 dei *Limburg Principles*, cit.

<sup>81</sup> Si tratta dell’art. 2 del Patto che stabilisce: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the *full realization* of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”.

<sup>82</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 3*, “The Nature of States Parties Obligations”, cit., para. 9.



Secondo l'interpretazione di questi principi finora offerta dalla Corte sudafricana, essi richiedono di "rispettare, proteggere, promuovere e soddisfare" gli interessi sottesi ai diritti sociali in proporzione al peso che assumono alla luce dei principi di libertà, dignità ed eguaglianza, nonché delle concrete circostanze in cui devono essere realizzati. In quest'ottica, la Corte declina il concetto di "progressiva realizzazione" in termini diversi da quelli che caratterizzano l'interpretazione offerta dalla Commissione ICESCR.

Gli obblighi derivanti dai diritti sociali, cioè, hanno ad oggetto, in positivo, una realizzazione "progressiva" in quanto proporzionale al "peso" di tali diritti, oltre che graduale. In sede giudiziale, quindi, adempimenti gradualmente e/o parzialmente di tali obblighi sono giustificabili solo secondo i criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu* di cui si è già detto, alla luce del contesto in cui si sono verificati.

Su questo terreno, l'azione giudiziale punta a farsi proattiva<sup>83</sup> per contribuire a definire le linee lungo le quali deve svolgersi l'azione istituzionale sul terreno della giustizia sociale e dare impulso ad essa, calibrandone la portata secondo le possibilità di fatto e i tempi che essa può richiedere, piuttosto che esigerla nell'immediato e in base a stime "de-contestualizzate" come può accadere con il *core approach*<sup>84</sup>.

Anche sul fronte degli obblighi di non regressione, il modello della ragionevole realizzazione rinvia all'analisi di proporzionalità: la legittimità di eventuali "passi indietro", interferenze o restrizioni rispetto al godimento già effettivo dei diritti sociali, dipende dalla possibilità di giustificarli come necessari, adeguati al raggiungimento di un fine legittimo e fondati su interessi legati da nesso di proporzionalità a quelli che sottendono il diritto in gioco. Le violazioni dei diritti sociali che costituiscono inadempimento degli obblighi di non regressione, dunque, non sono specificate entro un catalogo giudiziale come accade con il *core approach*: in riferimento al diritto alla casa, la pronuncia della Corte sudafricana sul caso *Jaftha* chiarisce che "non è necessario specificare tutte le possibili violazioni" in negativo di tale diritto, dovendosi ritenere che "come minimo, qualunque misura privi un soggetto dell'accesso, *già goduto*, ad adeguate soluzioni abitative costituisce un limite"<sup>85</sup> al suo godimento, la cui legittimità deve essere apprezzata, poi, in termini di ragionevolezza e proporzionalità.

#### **4. Realizzazione dei diritti sociali e risorse disponibili: l'impegno istituzionale tra l'essenziale il ragionevole**

La possibilità di "realizzare" le garanzie dei diritti sociali, in sede giurisdizionale, deve fare i conti con il problema delle - limitate - risorse necessarie a tal fine: se, come si è detto, tale problema riguarda tutti i diritti fondamentali, e non solo i diritti sociali, è pur

---

<sup>83</sup> S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, cit., soprattutto pp. 92-124.

<sup>84</sup> In quest'ottica, la Corte sudafricana (si veda la sentenza sul caso *Grootboom*, cit., para. 42) richiede che le istituzioni adempiano gli obblighi di realizzazione con "programmi" che combinino l'uso dello strumento legislativo con quello di strumenti amministrativi tesi a implementare le garanzie predisposte dal legislatore: tali strumenti devono integrarsi per essere tra loro "coordinati, coerenti e completi"; i programmi legislativi ed amministrativi, inoltre, devono prevedere e regolare l'allocatione degli obblighi istituzionali tra organi differenti, assegnando a questi ultimi le risorse necessarie per adempierli.

<sup>85</sup> *Jaftha v. Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others*, cit., para. 32.





vero che esso esiste e occorre farvi fronte per apprestare a tali diritti una tutela giudiziale effettiva.

Per gli organi giudiziali, dunque, si pone l'esigenza di mettere a punto gli strumenti per valutare le circostanze economiche, ma anche politiche, sociali, storiche, in cui la garanzia dei diritti sociali deve farsi concreta e stabilire se possano giustificare una mancata o limitata realizzazione di tale garanzia.

Da questo punto di vista, il divario tra il *core approach* e il modello della ragionevole realizzazione è particolarmente evidente in relazione sia all'apprezzamento delle circostanze economiche che incidono sulla realizzazione dei diritti sociali, sia alla gestione dei "conflitti" sollevati dalla "competizione" tra diritti rispetto alle risorse utilizzabili per il loro soddisfacimento.

#### **4.1 Core approach e livelli "essenziali" di realizzazione dei diritti sociali**

Il *core approach*, nella versione adottata dalla Commissione delle Nazioni Unite, richiede che gli Stati compiano tutti i passi necessari per la realizzazione/garanzia dei diritti sociali impiegando "il massimo delle risorse disponibili", escludendo che la scarsità di queste ultime possa giustificare livelli di realizzazione/garanzia inferiori a quella soglia "minima essenziale" che tale approccio tende ad assumere come pre-determinata.

In quest'ottica, la Commissione ICESCR vaglia l'adempimento istituzionale delle *core obligations* incombenti sulle istituzioni secondo parametri particolarmente rigorosi quanto allo "sforzo" economico che esso richiede: gli Stati possono giustificare il mancato adempimento delle *core obligations* con l'assenza di risorse economiche soltanto se provano di aver "compiuto ogni sforzo possibile usando *tutte le risorse a propria disposizione* per soddisfare, *come questione prioritaria*, le *core obligations*"<sup>86</sup> che la Commissione ha catalogato ed identificato. Sulla scia di tale interpretazione, anche la Corte Costituzionale indiana e quella colombiana assumono la soglia di impegno istituzionale richiesto dalla realizzazione del *core* dei diritti sociali come non derogabile, per escludere che possa definirsi in base a contingenti esigenze, specie economiche<sup>87</sup>.

Quanto ai conflitti tra possibilità di impiego delle risorse economiche richieste dalle realizzazione dei diritti sociali, il *core approach* li dissolve: le regole che pre-determinano, a monte, le aspettative da soddisfare in via prioritaria, trasferiscono sul

---

<sup>86</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 3*, cit., para. 10, afferma che: "The Committee acknowledges that the realization of the right to social security carries significant financial implications for States parties, but notes that the fundamental importance of social security for human dignity and the legal recognition of this right by States parties mean that the right should be given appropriate priority in law and policy. States parties should develop a national strategy for the full implementation of the right to social security, and should allocate adequate fiscal and other resources at the national level. If necessary, they should avail themselves of international cooperation and technical assistance in line with article 2, paragraph 1, of the Covenant".

<sup>87</sup> Per un'analisi della giurisprudenza della Corte indiana e della Corte colombiana in tal senso, si veda J. Chowdhury, "Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective", Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 27, <[http://scholarship.law.cornell.edu/lps\\_clacp/27](http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/27)>, 2009, pp. 9 e ss.



piano applicativo un ordine normativo tra esigenze di tutela che ne annulla le interferenze reciproche.

## 4.2 La ragionevole soglia di realizzazione dei diritti sociali

Secondo i criteri di giudizio che la Corte sudafricana deriva dallo *standard* di ragionevolezza questo esige, rispetto al *core approach*, una maggiore sensibilità giudiziale alle “circostanze di fatto” in cui si pone una questione di tutela dei diritti sociali.

Nella versione in cui lo declina la Corte, infatti, il modello della ragionevolezza richiama le istituzioni all’adempimento degli obblighi di progressiva realizzazione “tenuto conto delle risorse disponibili”, quindi a soddisfare una “ragionevole” soglia di impegno, fissata in relazione al contesto in cui quegli obblighi vanno adempiuti e alle risorse che, entro tale contesto, possono essere impiegate per adempierli. La pronuncia sul caso *Soobramoney*, in tal senso, precisa che lo Stato deve adottare misure legislative, e di altra natura, che siano ragionevoli in quanto dirette a “raggiungere la progressiva realizzazione del diritto, *tenuto conto delle risorse economiche*” da cui si può attingere a tal scopo. Il vaglio giudiziale di tali misure, perciò, deve accompagnarsi a una ponderazione dei diritti in gioco che tenga conto dei limiti economici al loro soddisfacimento<sup>88</sup>: la “misura” in cui quest’ultimo può risentire dei suddetti limiti è un problema “aperto”, che trova soluzione quando le diverse ragioni normative in gioco vengono ponderate, per stabilire la portata che assumono, le une in relazione alle altre, nel contesto applicativo. Quanto al problema del conflitto, anch’esso può dirsi “aperto”, giacché non trova soluzioni pre-costituite in regole di priorità che determinano la prevalenza di aspettative di tutela “essenziali” su aspettative accessorie, ma deve trovare soluzione in contemperamenti ragionevoli raggiunti bilanciando, in chiave di proporzionalità, le diverse aspettative in gioco.

Da questo punto di vista, l’approccio “ragionevole” si espone, come si vedrà, a critiche secondo cui esso renderebbe eccessivamente mobile la soglia di realizzazione dei diritti sociali, lasciando alle istituzioni ampi margini per non avanzare o arretrare rispetto ad essa, e riserverebbe alla giurisdizione un’eccessiva discrezionalità nel determinare i rapporti di forza tra aspettative di tutela e la quantità di risorse da impiegare, in base a tali rapporti, per soddisfarle<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> La sentenza *Soobramoney v Minister of Health*, cit., para. 11, precisa che: “What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the state by Sections 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources available for such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources”; *Ibidem*, para. 43: “In its language, the Constitution accepts that it cannot solve all of our society’s woes overnight, but must go on trying to resolve these problems. One of the limiting factors to the attainment of the Constitution’s guarantees is that of limited or scarce resources”.

<sup>89</sup> Sulle critiche in tal senso si veda D. Bilchitz, “Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance”, *South African Law Journal*, 119 (2003), pp. 484-501.



## 5. Due approcci ancora in divenire: tra soluzioni ambigue e soluzioni incompiute

Entrambi gli approcci in esame affrontano le difficoltà sollevate dal giudizio sui diritti sociali con soluzioni che, per aspetti diversi, possono dirsi ambigue ed incompiute e i cui possibili sviluppi sono al centro di un ampio e acceso dibattito teorico.

Per un verso, si pone l'accento sull'incisività dell'azione giudiziale che il *core approach* consente di dispiegare, attraverso la determinazione e applicazione del contenuto essenziale dei diritti sociali in chiave categorica; per altro verso, si sottolinea come il modello della ragionevole realizzazione consenta di esercitare un'azione giudiziale forse meno ambiziosa rispetto ai propri obiettivi di tutela, ma più efficace perché più sensibile ai dati di fatto che condizionano l'effettiva realizzazione di tali obiettivi.

Aderendo a questa seconda posizione, vogliamo evidenziare i limiti delle soluzioni offerte da entrambi gli approcci per sottolineare come il modello della ragionevole realizzazione, nel complesso, dischiuda una direzione più percorribile, per la giustizia costituzionale, rispetto a quella dischiusa dal *core approach*.

### 5.1 Le ambiguità del *core approach*

Il *core approach* punta alla definizione di una tassonomia di aspetti essenziali dei diritti sociali che fornisca regole di priorità, pre-determinate e astratte, tra ragioni normative, di cui la giurisdizione possa servirsi nei contesti e nelle circostanze più diverse. Il fulcro normativo di tale tassonomia, tuttavia, rimane indefinito: viene identificato con l'essenza dei diritti sociali, ma senza chiarire i criteri di tale identificazione, per servire da opaca premessa a operazioni giudiziali che, perciò, seguono iter argomentativi poco trasparenti<sup>90</sup>. Questa ambiguità rispetto al concetto di *core* finisce per rendere il margine di discrezionalità giudiziale estremamente ampio: muovendo da assunti non chiari sulle qualità essenziali dei diritti sociali, gli sviluppi ed esiti dell'argomentazione giudiziale appaiono svincolati da criteri intellegibili, con rilevanti ricadute in termini di incertezza rispetto al loro contenimento entro i confini di valutazioni giuridicamente fondate.

Inoltre, il "catalogo" di aspetti essenziali dei diritti sociali, quantomeno nelle versioni messe a punto dalla Commissione ICESCR, è così dettagliato da rendere il *core* di tali diritti, e il perimetro entro cui si dispiega la sua categorica difesa giudiziale, estremamente ampio: troppo, per una strategia che pretende di farlo coincidere con un contenuto "minimo" dei diritti cui poter apprestare una tutela giudiziale focalizzata su

---

<sup>90</sup> Sotto questo aspetto, peraltro, rileva un ulteriore elemento di ambiguità: non solo il concetto di *core* si riempie dei contenuti più vari, ma tali contenuti sono resi in termini che non rinviano in modo chiaro all' "essenza" dei diritti sociali. Nei commenti generali della Commissione delle Nazioni Unite, ad esempio, si fa riferimento ora al contenuto "essenziale", ora al contenuto "minimo", ora al contenuto "minimo essenziale", dei diritti; parimenti, a tale contenuto viene associato un livello di tutela definito ora come "essenziale", ora come "minimo". V'è da chiedersi, però, se l'essenziale e il minimo siano concetti inter-scambiabili, o associabili, senza necessità di argomentare rispetto a ciò. Sul punto, si vedano il *General Comment No. 12* "The Right to Adequate Food", cit.; il *General Comment No. 19*, "The Right to Social Security", cit.; il *General Comment No. 14*, "The Right to The Highest Attainable Standard of Health", cit.



esso e dunque incisiva, piuttosto che “diluita” lungo percorsi di tutela meramente accessori alle garanzie essenziali. Del resto, circoscrivere al *core* dei diritti sociali l’elaborazione giurisprudenziale, e la difesa giudiziale, significa prestare attenzione, e tutela, a “una parte soltanto” di essi, in un’ottica riduzionistica che sacrifica gli elementi facenti parte del suo “perimetro protettivo”<sup>91</sup>.

Elementi di ambiguità caratterizzano anche il *core obligations approach*. Questo, infatti, aggira le difficoltà poste dalla determinazione del contenuto essenziale dei diritti sociali, ma incontra difficoltà parimenti rilevanti sul terreno della specificazione delle *core obligations*. In particolare, v’è ambiguità rispetto al rapporto tra il contenuto essenziale dei diritti e le *core obligations*, declinato ora nei termini di “corrispondenza”, ora in termini di “correlatività”, senza chiarezza rispetto ad esso né alla policentricità<sup>92</sup> o meno delle *core obligations* e alle relazioni tra queste ultime<sup>93</sup>.

Un ulteriore limite del *core approach* riguarda il ridotto grado di sensibilità giudiziale concesso rispetto al contesto in cui i diritti sociali devono essere fatti valere e le *core obligations* devono essere adempiute.

Come si è detto, il nucleo essenziale dei diritti sociali e la gamma di corrispondenti *core obligations* non sono “duttili” e ciò comporta che non vi sia spazio per un apprezzamento giudiziale contestualizzato delle diverse sfumature che possono caratterizzare il contenuto dei diritti sociali e le responsabilità istituzionali rispetto alla sua realizzazione. In questo modo, si pretende che il soddisfacimento dei diritti sociali, e l’impegno istituzionale raggiungano una soglia pre-determinata in astratto rischiando, però, di non tenere in debito conto le esigenze di tutela, o istituzionali, che caratterizzano il particolare contesto in cui quel soddisfacimento, e impegno, devono farsi concreti. In particolare, v’è il rischio di un’azione giudiziale “categorica”, ma inefficace in quanto fondata su un pre-giudizio, rispetto alla soglia di impegno istituzionale necessario per realizzare i diritti, che “scavalchi” le concrete circostanze in cui tale impegno deve essere profuso.

Del resto, ove la determinazione del *core* sia connotata in chiave “dinamica”, ammettendo che in sede giudiziale sia possibile rielaborare, volta per volta, le regole che presidono alla sua tutela o le eccezioni ad esse, i confini del *core* diventano instabili e l’attitudine “categorizzante” del *core approach* risulta vanificata.

Infine, si deve sottolineare un limite riguardante il tipo di tutela giudiziale che il *core approach* favorisce. In linea di massima, esso fonda un’azione giudiziale “difensivo-reattiva” e tendenzialmente retrospettiva<sup>94</sup>, in quanto tesa a preservare, lungo binari pre-definiti, un “dato” nucleo essenziale dei diritti, individuato *ex ante*, da eventuali

---

<sup>91</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 90.

<sup>92</sup> K. G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, cit., pp. 163-164.

<sup>93</sup> Vi è, poi, un ulteriore elemento di ambiguità, anche in questo caso, riguardo al concetto di “essenziale” e ai suoi rapporti con il concetto di “minimo”, specie sul terreno della corrispondenza stabilita tra obblighi definiti ora come “minimi”, ora come “minimi essenziali”, e i livelli di tutela dei diritti cui esse “corrispondono”, definiti ora come “minimi”, ora come “minimi essenziali”, senza simmetria, peraltro, nell’uso di tali definizioni. Ancora una volta, v’è da chiedersi come debba spiegarsi la relazione stabilita tra “minimo” ed “essenziale” e quali conclusioni, in sede giudiziale, dovrebbero trarsi da essa.

<sup>94</sup> S. Fredman, “Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space”, *European Law Journal*, (2006), 1, pp. 41-60.



omissioni/violazioni riconoscibili in base a prestabilite ipotesi di indebita limitazione. Ciò può condurre a un esercizio del sindacato di costituzionalità efficace in chiave di neutralizzazione di interventi regressivi rispetto a tutele già apprestate, sulle quali può valutarsi l'impatto di interventi siffatti, ma meno efficace in chiave propulsiva rispetto all'inerzia istituzionale nella realizzazione dei diritti sociali, nel segno di opzioni di tutela ancora prive di tangibili riscontri. Tale approccio, infatti, circoscrive l'orizzonte giudiziale a un'alternativa, secca ed immediata, tra ciò che viola il contenuto essenziale dei diritti e ciò che non lo viola, e, soprattutto, tra ciò che si assume possa realizzarlo e ciò che si assume possa inibirne la realizzazione: in questo secondo caso, resta ben poco spazio per una verifica che rilevi e asseconi le trasformazioni delle condizioni di realizzazione dei diritti sociali - piuttosto che preservarne un catalogo "chiuso" - così da lasciare aperta la possibilità di proiettarle nel futuro per ri-programmarle in chiave proattiva.

## 5.2 Le "promesse" di ragionevole realizzazione

Nelle sue applicazioni, finora, il modello della ragionevole realizzazione messo a punto dalla Corte sudafricana ha offerto anch'esso delle soluzioni incomplete, tanto sul piano della strategia adottata per determinare il contenuto e la portata dei diritti sociali e gestire gli obblighi che ne derivano, quanto dal punto di vista dell'incisività degli interventi giudiziali che esso consente di realizzare.

In primo luogo, alla tecnica giudiziale della Corte si può contestare di non aver articolato in modo soddisfacente il nucleo di principi (dignità umana, eguaglianza e libertà) a partire dai quali il sindacato di costituzionalità dovrebbe dare consistenza ai diritti sociali costituzionalmente protetti per valutare, poi, in quali termini possano dirsi proiettati verso un ragionevole soddisfacimento. Il parametro della ragionevolezza, da questo punto di vista, è ancora incompiuto e, in chiave critica, si teme che la giurisdizione possa far leva su una pretesa, quanto indeterminata, "ragionevolezza" nel contemperamento tra i diritti e le ragioni istituzionali per relativizzare i diritti fino a svilirne il primato normativo, in chiave di eccessiva deferenza nei confronti del legislatore<sup>95</sup>, ovvero, in senso opposto, per neutralizzare le ragioni istituzionali e imporre, con quelle dei diritti, le ragioni giudiziali.

In secondo luogo, il modello della ragionevole realizzazione non offre, ancora, criteri sufficientemente definiti per valutare l'azione istituzionale tesa ad adempiere gli obblighi derivanti dai diritti sociali. In particolare, non sono definiti i criteri della loro allocazione tra organi istituzionali, che consentano di valutare la ragionevolezza nella distribuzione degli obblighi di realizzazione e non regressione, con i relativi oneri finanziari, a partire da parametri di reciprocità, cooperazione, sussidiarietà finora solo prospettati<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> D. Davis, "Socio-Economic Rights In South Africa: The Record of The Constitutional Court after 10 Years", *ESR Review: Economic And Social Rights In South Africa*, (2004), 5, pp. 3 e ss.

<sup>96</sup> R. Arango, "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", cit., pp. 143-144, sottolinea che "i principi di allocazione dei doveri richiedono di essere sviluppati da filosofi e giuristi interessati a "portare sulla terra" il discorso sui diritti umani e dare ad esso un'applicazione pratica". Sul punto, Arango rinvia alla riflessione sui "principi di allocazione" di H. Shue, "The Interdependence of Duties", in P. Alston, K. Tomashevski (a cura di), *The Right to Food*, Boston, MA, Nijhoff, 1984, pp. 83-





A tale modello, inoltre, si contesta di lasciare all'operato istituzionale margini giustificatori troppo ampi sul terreno della non-realizzazione dei diritti sociali, con il rischio di favorire un'eccessiva discrezionalità nelle scelte politiche che riguardano interessi fondamentali dell'individuo<sup>97</sup>.

Tale approccio, cioè, richiede alle istituzioni di attenersi a una soglia di "impegno" da stabilire in relazione alle circostanze di diritto e di fatto in cui esse devono adempiere i propri obblighi, con il rischio che tale soglia si abbassi fino a giustificare l'inerzia istituzionale in base a mere considerazioni economico-finanziarie.

In terzo luogo, sono sempre più numerose le critiche alla scarsa incisività<sup>98</sup> dell'approccio adottato dalla Corte sudafricana: la garanzia dei diritti sociali apprestata secondo il modello della ragionevole realizzazione rischia di esaurirsi in un'azione giudiziale propulsiva rispetto all'adozione di atti legislativi o esecutivi ovvero in una debole censura di tali atti, senza offrire rimedi immediati e reazioni "forti" all'inerzia o agli eccessi istituzionali che ledono le ragioni dei singoli.

Questi rilievi critici, però, colgono nel segno solo in parte.

Quanto al primo ordine di critiche, si deve prendere atto che l'uso del parametro di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale sudafricana non sempre si è rivelato in linea con ciò che esso richiederebbe. In alcuni casi<sup>99</sup>, il vaglio della ragionevolezza legislativa in materia di diritti sociali si è esaurito in un controllo di mera razionalità strumentale, incentrato sulla necessità e adeguatezza delle leggi rispetto allo scopo da esse perseguito, senza svolgere un'approfondita ponderazione dei diritti e degli interessi legislativi in gioco. In tal senso, la Corte non ha certamente messo a frutto tutte le potenzialità dello *standard* di ragionevolezza, ma si deve sottolineare come la "superficiale" azione giudiziale dispiegata finora su questo fronte sia il frutto di una consapevole cautela nel vincolare il legislatore ad approfondite valutazioni di merito svolte in sede giudiziale<sup>100</sup>; ciò non toglie, tuttavia, che nel lungo periodo l'azione giudiziale su questo fronte non possa farsi più incisiva, entro un assetto dei rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia dei diritti sociali che si sia, gradualmente, definito e stabilizzato. Anche il secondo ordine di critiche non coglie del tutto nel segno, sminuendo i fattori giudiziali che, su più fronti, contro-bilanciano il peso accordato dallo schema della ragionevolezza alle circostanze di natura economica.

Vi sono, innanzitutto, i parametri sostanziali di eguaglianza, libertà e dignità umana che, ove adeguatamente elaborati, servono da argine normativo al rilievo che possono assumere le ragioni "economiche" addotte dalle istituzioni per giustificare il proprio operato. Inoltre, la giurisprudenza della Corte ha chiarito che le istituzioni politiche non

---

95, ed A. Sen, "The Right Not To Be Hungry", in P. Alston, K. Tomashevski (a cura di), *The Right to Food*, cit., pp. 69-81.

<sup>97</sup> Sulle critiche in tal senso, si veda D. Bilchitz, "Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance", cit., pp. 484-501.

<sup>98</sup> In tal senso, si vedano le analisi di D. Bilchitz, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal of Human Rights*, (2003), 1, pp. 1-7; M. Pieterse, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights", *South African Journal of Human Rights*, 3 (2004), pp. 383-387.

<sup>99</sup> *Lindiwe Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09.

<sup>100</sup> Come chiarisce il presidente della Corte costituzionale sudafricana, Justice P. Langa, *Transformative Constitutionalism*, cit. In questo senso, si veda anche C. R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, cit.



possono sottrarsi all'obbligo di progressiva realizzazione di un diritto sociale asserendo, semplicemente, che esistono dei limiti economici ad essa, ma devono provare la sussistenza di tali limiti e, altresì, la ragionevole relazione tra essi e la mancata, o ridotta, realizzazione del diritto in gioco. Infine, tra gli elementi di cui si deve tener conto nel vagliare la ragionevolezza degli interventi in materia di diritti sociali vi sono, oltre i limiti economici, "le condizioni dei soggetti più vulnerabili e che versano nelle condizioni di maggior bisogno"<sup>101</sup>. Ciò che il modello della ragionevole realizzazione richiede, quindi, è che si vagolino le azioni istituzionali tese a realizzare progressivamente un diritto sociale, e l'impegno istituzionale profuso in esse, alla luce delle condizioni di maggior svantaggio cui tali azioni devono rimediare: per un verso, la misura di tale impegno può ridursi per ragioni economiche, ma per altro verso tale riduzione è mitigata dall'esigenza che l'impegno rimanga congruo rispetto a situazioni che ne richiedono la massima profusione.

Il terzo ordine di critiche evidenzia la "debolezza" di una tutela giudiziale dei diritti che punta a correggere l'azione istituzionale in termini di ragionevolezza, ma non oppone ad essa regole di protezione di un ambito intangibile, quale il contenuto minimo dei diritti dovrebbe essere. Da questo punto di vista, il sindacato di ragionevolezza lascerebbe spazi di discrezionalità troppo ampi al legislatore e, inoltre, offrirebbe rimedi solo parziali alla condizione di mancato godimento, o di ostacolo rispetto al godimento, di un diritto sociale da parte dei singoli titolari<sup>102</sup>: questi devono attendere che il "ragionevole" equilibrio tra istanze individuali ed esigenze istituzionali faccia il proprio corso e procuri quel godimento progressivo di tutele di cui, nell'immediato, il singolo non ha potuto beneficiare. Il modello della ragionevole realizzazione, cioè, offrirebbe alle ragioni dei singoli una tutela solo "mediata", ponendole in secondo piano rispetto a un complessivo equilibrio normativo fondato sul loro temperamento con ragioni istituzionali confliggenti, ammettendo che siano realizzate nei tempi e nella misura richiesti dal bilanciamento con queste ultime.

Si deve sottolineare, però, come proprio questo ruolo di mediazione, tra esigenze normative contrastanti, consenta alla giustizia costituzionale, per un verso, di mantenere la propria posizione in equilibrio con quella delle istituzioni politiche, e, per altro verso, di realizzare interventi "strutturali", procedendo da una visione "di insieme" che non limita l'orizzonte del costituzionalismo ai diritti, ma lo amplia fino a toccare lo sfondo sul quale prendono forma i rapporti tra individui e istituzioni.

Il modello della ragionevole realizzazione, così, dischiude una prospettiva in cui la difficoltà di soddisfare in modo pieno e immediato i diritti sociali è, in qualche modo, metabolizzata in chiave proattiva, puntando su una "programmazione" di tutele diffuse<sup>103</sup>, calibrate secondo le possibilità di fatto e di diritto, ma adeguate, come ha

---

<sup>101</sup> Si vedano, in particolare, le pronunce sui casi *Grootboom* e *Treatment Action Campaign*.

<sup>102</sup> In tal senso, le tesi critiche sottolineano la superiorità dell'approccio "specificazionista" di cui è già detto. Sul punto, si vedano, soprattutto, S. Liebenberg, "South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty?", *Law, Democracy & Dev.*, (2002), 6, pp. 177, 187-188; D. Bilchitz, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", cit.

<sup>103</sup> Con la pronuncia sul caso *Khosa & Others v Minister of Social Development & Others*, cit., però, la Corte ha esteso, in via immediata, ai non residenti importanti misure di sicurezza sociale, ammettendovi anche i ricorrenti. Con la decisione sul caso *Grootboom*, però, sebbene non abbia riconosciuto ai ricorrenti l'immediato accesso a una sistemazione abitativa, la Corte ha richiesto alle



## JURA GENTIUM



chiarito la giurisprudenza della Corte sudafricana, alle esigenze dei soggetti più vulnerabili e bisognosi.

Esso, dunque, non si accontenta di garanzie categoriche, ma circoscritte e spesso non realizzabili, per puntare su garanzie che riposino su un equilibrio tra quanto può realizzarsi oggi e quanto può ottenersi nel lungo periodo, dando impulso a una tutela “ragionevole” dei diritti sociali, programmata con la consapevolezza dei limiti che la sua realizzazione può incontrare. Su questo piano, si tratta di un approccio che richiede “tempo” per realizzare i propri obiettivi di tutela, ma non per questo può dirsi inefficace, e indica una direzione forse meno ambiziosa nell’immediato, ma più percorribile di quella che il *core approach* vorrebbe imprimere all’azione giudiziale e al discorso costituzionalistico sui diritti sociali.

---

istituzioni di attivarsi in tal senso con adeguati programmi legislativi e atti tesi a implementarli: ciò è avvenuto, effettivamente, con l’emanazione e implementazione dell’*Housing Assistance in Emergency Circumstances Programme*, del 2004. Con la pronuncia sul caso *Khosa & Others v Minister of Social Development & Others*, cit., però, la Corte ha esteso, in via immediata, ai non residenti importanti misure di sicurezza sociale, ammettendovi anche i ricorrenti.

# Wives, Mothers and Workers in and out the Domestic Sphere

Ilaria Bilancetti

*“I think our primary responsibility is to make our home. I think women should not work like men, then they will not be able to do the household work properly, their health will suffer, the children will not be trained and they may lose their husbands as well. After all, husbands will never consider our paid work as important as theirs”* (Bangladeshi woman cited in Kabeer 1999:135)

## Introduction

The relegation of women within the domestic sphere, due to their main role as wives and mothers has been commonly considered the biggest constraint for their emancipation. Having taken for granted the universal condition of women subjection, earliest feminists and Marxists advocated a radical change in the patriarchal family structure, in order to enable women to acquire an active position in the public sphere: according to their approach women should leave their domestic duties, join the wage labour market and refuse the double burden which make them exploited by the capital system. These views have been recently criticized because they support the existence of an universal category of woman subjected by an universal category of men, and so they ignore the multiplicity of gender dynamics which characterize different cultural contexts.

The aim of this paper is to show how a cross-cultural understanding of gender relations -instead of gender dichotomies, can facilitate a deeper analysis of the status of woman within the household, which is not influenced only by her capacity to increase the family budget. In fact, although women’s participation in the labour market is commonly considered an effective way to increase their bargaining power and to acquire a certain degree of autonomy from men, it does not mean that it will make them challenge the patriarchal system who apparently subjugate them. Cultural obligations and specific gender perceptions, make women appreciate the fact to earn money, but not feel the necessity to reverse gender structure. These attitudes are often interpreted by Western scholars as “false consciousness”, but this definition ignores the social dynamics which drive women’s choices in their everyday lives, and make them prefer solutions which are really attainable and enable them to maintain their safety and respect from the community.

By using ethnographic data I will try to demonstrate that the renegotiation of gender relations cannot be externally driven, because it spontaneously emerges, as an historical process influenced by socio-economic factors often related to the advent of capitalism, but still locally determined. In fact it is not easily predicted because different women interpret, experience and utilize the new economical opportunities according to their own economical necessities, priorities and values. An analysis of Bangladeshi women involved in the garment industry shows how women belonging to the same cultural



context perceive the same employment differently, which could be a shameful sacrifice as well as a good opportunity to renegotiate their status as a Muslim woman. Because gender relations are constituted by a flexible balance between the two sexes, the redefinition of woman's roles, necessarily imply a redefinition of men's roles. It is a dialectic process, which favours the emergence of conflicts because men often try to oppose it, in order to maintain their social position, while women have to fight for it by using different strategies. However the conflict can be considered a necessary stage of this process of adjustment which ends with the creation of a new balance, more adequate to the new socioeconomic context.

### **Different interpretations of the segregation of women within the domestic sphere.**

During the 70's the earliest feminists introduced and questioned the universal condition of women's subordination. One of the main reasons for this asymmetrical condition was found in the relegation of women within the domestic sphere, which segregates them into their "natural" role of mothers and wives; while men are the protagonists of the public sphere, which ensure them economical resources, social recognition and political power (Rosaldo and Lamphere 1974).

Marxists joined the debate and, from the notion of the separate spheres, developed the concept of 'sexual division of labour' as the main reason for gender asymmetry: in patriarchal societies women are forced to perform domestic duties, and the capital benefits from it using them as 'reserve army' of labour. Women are thus underpaid and not recognized as true workers, because they are not fully involved in the material mode of production. (Bernholdt – Thomsen 1981)

Patriarchy and capital were considered the main two social forces which maintained and reproduced the sexual division of labour because they both benefit from the engagement of women in the 'reproductive' work- which is not limited to the care of the children and the domestic services, but includes also social functions that reproduce and reconfirm specific relations of marriage, procreation and filiation<sup>1</sup>. The two forms of subordination, within the marriage and within the economy, tend to reinforce each other, because if a woman is fully engaged in domestic activities her position in the wage labour market is consequently weakened (Mackintosh 1981). In this context men emphasize their role as protectors and main providers, in order to perpetrate unbalanced gender relations based on control and dependency, which relegates women in their roles of mothers, considered one that nature has assigned to them.

Anthropological researches showed that gender inequities are resulting from an historical process of biological reductionism, which progressively construed an essential category of 'woman' on the basis of normative assumptions (Stolcke 1981; Kobayashi, Peake, Benenson, Pickles 1994). The discovery that woman's subjection is the product of cultural constructions made possible the ideation of different ways to overcome it: "sexual asymmetry is not a necessary condition of human societies but a cultural

---

<sup>1</sup>Mackintosh refers to three types of 'reproduction': *reproduction of labour*, i.e. the production of people, but not limited to the biological actions; *human reproduction*, i.e. the construction of the context of marriage and kinship relations; *social reproduction*, i.e. the process by which the relations of production are perpetrated.





product accessible to change” (Rosaldo Lamphere 1974:14). Radical feminists advocated the *eradication* of the private sphere and the restructuring of family relationships, in order to free women from biological constraints. Liberal feminists opted for the *rejection* of the private sphere in terms of enabling women to become active actors of the public arena. Socialist feminists and Marxists saw in the economic limitations derived by marriage and family duties, the main impediments to women’s emancipation and postulated changes in women’s status both at home and in the labour market. As Lenin stated:

“As long as women are engaged in housework their position is still a restricted one. In order to achieve the complete emancipation of women and to make them really equal with men, we must have social economy and the participation of women in general productive labour” (Lenin 1972 cited in Stolcke 1981:33)

These views have been criticized by Stolcke (1981) who believes that the social construction of gender is not equal, but considers the feminists and Marxists solutions to the problem inadequate. In fact their proposals to eliminate the domestic sphere and to incorporate women in the production brings to the negation of the procreative capacity of women and the tendency to convert feminine attributes into males attributes. As she ironically states: “To propose that women have first to become like men in order to become free is almost like suggesting that class exploitation might be ended by making it possible for workers to become capitalists.” (1981:46)

During the 80’s feminists moved out from these dichotomist approaches to a more complex analysis which emphasizes the interconnection between the two sexes, which are never separated in practice but rather in constant relation. (Kobayashi, Peake, Benenson, Pickles 1994)

The second step was the recognition of the crucial importance of the context, because women are not all reunited in a unique homogenous category as western scholars and researchers assumed. The article of Chandra Mohanty (1988) is in this sense paradigmatic, in fact she first criticizes the western feminists’ attitude to advocate their role as “enlighteners” and “savers” worldwide, especially toward third world women, depicted as passive victims lacking of any form of agency.

Developing the new tendencies of the eighties, nowadays feminists argue for a more plural interpretation of woman, no more fixed within universal assumptions, but related to a wider interpretation of men and to the cultural and social context in which they both act. They advocate a switch from the idea of *romantic* sisterhood toward a more practical *strategic* sisterhood, in an effort to construct coalitions based on the recognitions of differences, rather than similarities. (Baden and Goetz 2000)

A more gender-relational and cross-cultural approach in understanding women’s condition worldwide has permitted scholars to look deeply at the so-called “domestic sphere” and at the social and economic dynamics that happen within the household<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> For ‘household’ it is intended the basic residential unit in which [economic production](#), [consumption](#), [inheritance](#), [child rearing](#), and shelter are organized and carried out. Some authors, embracing the “patriarchal philosophy”, identify the household with his head taking as given that only his own interests will be followed by the other members (Harris 1981); on the contrary the New Household Economy assumes that the household economy is based on a collective function of consumption subjected by altruism, which guarantees an internal harmony of interests as in the communist primitive societies described by Marx (Kabeer 1994). I will embrace the approach of the bargain models, which is positioned



Sen (1990) defines it as “a site of cooperative conflict” because even if none of the members behave in a completely individualistic way, deep inequalities often characterizes the final distribution. According to the bargaining models, the final distribution is the result of a negotiation between the members of the family, in relation to their relative power, i.e. their authority. In order to understand which sources of authority are available to women, a more complex analysis is necessary which considers the interconnection between the domestic and the public sphere, because households are not autonomous and self-sufficient units, but rather are in constant relationship with other households and with the society in general (Harris 1981).

Nelson (1973) criticizes Western ethnographies which represent women in the Middle East as silently segregated at home without any influence in the “outside world”. In her opinion the simplifications about these women’s social world are caused by a practical difficulty for the ethnographer to penetrate their spaces and to recognize the authority that female members exercise in influencing male’s decisions. In this context, kin relations are the main source of power for women, who behave as informal “brokers” within a sub society through which invaluable information circulates and new alliances are strategically created<sup>3</sup>:

“The evidence suggests that the segregation of women can alternatively be seen as an exclusion of men from a range of contacts which women have among themselves. [...] By seeking alliance and support from other women in the community, certain women achieve high social status in the community and consequently exercise political influences” (Nelson 1973: 559)

Rassam (1980) confirms these assumption in his analysis of Moroccan women:

“In Morocco, men have complete authority over women, who in turn are expected to obey them; however a closer examination of the structure and operation of the household reveals the presence of a considerable measure of ‘unassigned power’ which women compete for and utilize to further their own needs and wishes” (Rassam, 1980: 171)

These references show how the common conception of the domestic sphere as a constraint locus which deprives women of any source of authority, in the public sphere as in the household, is an ideological construction which ignores the real dynamics of power between genders. Women’s subordination and domestication is never as absolute or pacific as it seems by looking “from outside”- even in the Middle East where societies are based on strict gender segregation. (Harris 1981, Nelson 1973, Rassam 1980, Abu-Lughood 2002, Messick 1986)

### **The relevance of women’s participation in the wage market.**

Even if the segregation within the domestic sphere does not necessarily represent a constraint to the capacity of women to exercise important forms of agency, it is still

---

between these two poles, recognizing the existence of injustice but also leaving space for negotiation and cooperation.

<sup>3</sup> Earliest feminists have considered family and kin structures as the main site of creation and reproduction of the subordination of women, through an endogenous process of socialisation which perpetrate the ideological construction of feminine (Chodrow, 1979). Ethnographic data have shown that in reality these relations are more contradictory and that “Kin ties are often the main means which women use to improve their position (Stivens 1981: 115).



widely documented that the redistribution of resources within the household is often characterized by gender inequalities . (Kabeer 1994). According to Maher (1981), women in Morocco hardly have access to money except for the bridewealth paid in cash and the gifts they receive from the other members of their kin when they give birth to a son. They usually invest this money in jewellery as a strategy to acquire personal independence, because gold suits to be their own financial security to use in case of loss of men's protection like divorce and widowhood<sup>4</sup>. Maher's description of women's strategies to accumulate a personal property can be extensively interpreted in term of desire to feel economically independent from men. Many authors (Kabeer 1994, 1999; Bhatti 1987, Baud 1987, Jumany 1987, Sen 1990) show how the access to wage work for women can be a way to increase their bargaining power within the household, especially when they have autonomous control over their income and they have a clear perception of it: they can take choices of consumption independently by men and actively participate in the decision making processes about how to allocate the family resources.

The importance of the inclusion of women within the wage market as a way to empower them was already theorized by Marxists, but their solutions, which require the negation of the double burden, seem inadequate for certain cultural contexts, where the segregation of women and the necessity to perform domestic tasks is not contestable. For example within those Muslim societies, where women have to behave with regard to the *purdah*,<sup>5</sup> the involvement in the wage work is limited by the necessity to respect religious constraints, which women themselves do not want to challenge, because it would affect their reputation within the community (Wilkinson-Weber 1997).

The possibility to work outside and to avoid domestic duties seems to be never considered, but it does not mean that the inclusion in the wage work is negated to them: they work at home and they share domestic duties with other female members of the family, in order to avoid partially the double burden which was considered one of the main consequences of the sexual division of labour (Maher 1981). As Bhatti (1987) points out, women recognize the value of having an independent source of income and acquiring personal skills, but at the same time they do not want to challenge the established custom which requires them to be primarily wives and mothers.

Even if they work at home, they actively participate to increase the family income and sometimes their contribution represent up to 50% of the final budget. However the social construction, that women are mainly engaged in domestic activities, obscures their real abilities and expectations: their work is still undervalued by men, as "leisure or subsidiary activity", in fact the same job performed by men is much more recognised

---

<sup>4</sup> Kibria (1995) reports the same attitude in her research about Bangladeshi women.

<sup>5</sup> Kabeer defines three levels of *purdah*: 'At a primary and deeply personal level, *purdah* defined women's sense of property or of virtue, of what constituted the 'right' way for women to behave, where 'right' could be defined in religious or in cultural terms. At another level, it was a matter of family prestige: conformity to *purdah* norms signalled the ability of its guardians to protect and provide for women in their family and for women to concentrate on their primary domestic obligations. Finally, at a more impersonal level, *purdah* was experienced as a form of social control imposed on women by dominant interests within the wider community'. (2000:87)



and compensate<sup>6</sup>. (Singh and Kelley- Viitanen 1987). Wilkinson-Weber (1997, 2004) analysing gender relations in the *chickan* garment industry of Lucknow shows how the fact that the embroidery's production was traditionally a male activity, enforces gender inequalities in the labour market: men are still considered "professionals" even if the production is almost completely shifted in women's hands. Although some women are highly skilled, they have no power within the market and are forced to accept the work conditions required by their male agents, who can easily substitute them with someone else if they are not satisfied. The social necessity to follow the notion of *purdah* makes women dependent to middle-men, who organize the production and take the highest percentage of the final profit.

Different authors (Singh and Kelles-Viitanen 1987, Jumani 1987, Phillips and Taylor 1980) believe that the organization of women could be the solution to improve their condition, as women as well as workers, and theorize different measures which should help them to acquire higher payment and social recognition. But women seem not to be so receptive to the idea of organizing themselves in cooperatives or unions, considered 'men's stuff'. The 'familiar' atmosphere of production and the autonomy they have in organizing their time obscures the low treatment they receive: they prefer working at home as piece-rate workers because it is more appropriate for them, although more exploitative (Baud 89).

It is very hard to ideate an effective strategy of intervention to empower women in a wider sense, because they have different expectations according to the socio-cultural contexts, which are very hard to predict. As Nila Kabeer states:

"To attempt to predict at the outset of an intervention precisely how it will change women's lives, without some knowledge of ways of 'being and doing' which are realizable and valued by women in that context, runs into the danger of prescribing the process of empowerment and thereby violating its essence, which is to enhance women's capacity for self-determination" (1999: 462)

Kibria's research about Bangladeshi women working in the garment industry (1995) shows how women's access to wage income do not challenge the affirmed patriarchal system: instead of generating an egalitarian shift in gender relations, it just reconfirms it in a new way. The reason lies not in the imposition of men's authority, but rather on the women's recognitions of it: they respect and recognize the male household as the *benevolent dictator* who deserves to organize family expenditure because he is able and just in doing it. He is the main breadwinner and, although they earn enough to challenge his position, they are not interested in doing so, because they do not want to humiliate their protector. As a married garment worker declares:

It's natural that I give my wage to my husband. It is the custom of our society to cater to the wishes of the husband. For a woman, heaven is at her husband's feet. In this world, a woman without a husband is not better off than a beggar on the street (cited in Kibria 1995: 289)

---

<sup>6</sup>According to Osnowitz (2005) even in western societies where women decide to work at home as free lancers in order to perform domestic duties and look after the children, their job is less valued than the same one performed at home by the husband: "gendered notions of domestic space, working time, household management, and career imperatives, continue to make home work a gendered phenomenon associated with women's unpaid labour" (Osnowitz 2005:100)



To interpret these attitudes of submissiveness and self-sacrifice as “false consciousness” could be misleading for two reasons. First of all because they are often an expression of a conscious strategy of risk-minimizing in a context where women’s well-being is related to the prosperity of the whole household and their security is connected with male’s external authority (Kabeer 1995).

Moreover it is important to realize that the opportunity to challenge the patriarchal family system, although materially attainable through the incorporation into wage work, are not conceived to be possible, because they are located far outside the “common sense” which drives the behaviours of the agents in their everyday life:

The availability of alternatives at the discursive level, of being able to at least imagine the possibility of having chosen differently, is thus crucial to the emergence of a critical consciousness, the process by which people move from a position of unquestioning acceptance of the social order to a critical perspective on it. (Kabeer 1999:441)

### **The endogenous renegotiation of gender roles.**

Even if women hardly challenge their traditional status, it does not mean that important processes of social changes regarding gender relations will never occur. In his analysis of North African weavers Messick (1986) states that “subordinate discourses are historically specific”(1986:217), in the sense that they are submitted to a process of historical transformation. If in the past women did not consider at all the idea of working, now a “feminine proletariat” is emerging, which is an expression of political and economic changes. Weaving in Azrou was traditionally a women’s activity, transmitted by mother to daughter and directed to domestic consumption; now it is becoming a production directed to the market which involves only skilled and specialized women, while the others are busy at school or in other jobs. Through this analysis Messick interestingly demonstrates how the transition to capitalism is provoking the gradual dissolution of the subordinate discourse, because the domestic sphere has been incorporated into market relations through the involvement of women into the wage market - which could represent a step for their empowerment but also the cause of new forms of subjection.

Kibra (1995) and Kabeer (2000), in researching Bangladeshi women working in the garment industry, focus on the economic changes which caused a progressive impoverishment of the country -especially in the rural areas. In the first stages of the garment industries’ opening, only women without male support or belonging to poor families joined the job in the factory, because working outside the house is considered shameful as it represents a threat to the moral code based on the principle of sexually-segregated spheres. Apparently only the ones who are in a condition of economical necessity have the courage to face such a public disapproval:

I am in need, that is why I have to come to work, otherwise I would have stayed at home, done namaaz-roza [prayer and fasting]. I feel bad, but what else can I do, I have to live somehow... But we are being sinful because it is a sin if other man see you. That I walk through the streets is a sin (cited in Kabeer 2000:88)

Most of the women are moved by necessity only, therefore they perceive their involvement in the garment industry as sinful and suffer for the fact that the community blame them. However there are also other responses to the public disfavour which demonstrate that Bangladeshi women experience differently their employment, although





they formally belong to the same ‘monolithic’ culture. (Kabeer 2000, Kibra 1995). The necessity to work has gradually brought some women to reinterpret the *pardah* in a more practical way –as shown by Kabeer’s interviewed:

I feel my heart is good, if I keep my faith, if I say my prayers and follow my religion, I can still have a job. I can mix with anyone and know that my mind is purer than yours. People say things and one should not listen. One should rely on what one’s heart says. And my heart says I am pure. (cited in Kabeer 2000:92)

Women’s involvement in the garment industry, which at first represented a quick response to the economic crisis, later provided an expedient for women to review and improve their status within family and society. Kabeer (2000) categorizes women in relation to their personal agency and the family consensus about the decision to work in the factory. Although most of them are women who work for necessity and consequently receive the consensus of the family, there are some of them who expresses a new trend. They are girls or women who decide to work through personal choice, in order to acquire financial independency and/or contribute to the family income, even when not strictly necessary. Most of those interviewed confirm the so-called “ideology of the maternal altruism”<sup>7</sup> affirming that they decided to work to improve the wellbeing of the family (like providing a better education for their children), but there are also those who admit that they took this decision to have the opportunity of being outside the house:

I have been working for three years and I like it. I don’t like it at home. In the factory, everyone is working and even if there is no conversation, the day passes quite well. At home there is nothing, no hard work, only cooking and cleaning so I don’t like it there. It is quiet and lonely at home. In the factory there are more people and we are all working together (2000:113)

The fact that different women can feel the involvement in the garment industry as a source of individual improvement as well as its opposite, shows that it is not possible to unilaterally define the notion of ‘empowerment’ as every person has different expectations of life. Kabeer (1999) finds three indivisible dimensions which help to define this notion, whose “resources” are only one of these, together with “agency” and “achievements”<sup>8</sup>. The connection between these three dimensions provides a more culturally-relative notion of empowerment, it implies a process of change and, above all, it is aimed to enable women the possibility to choose. The fact that social and

---

<sup>7</sup>Women, even when they dispose freely of their income, tend to behave in an altruistic way, putting the interest of the household before their own. It is based on the assumption that women in spending their own wage are subjected to different sets of values which apparently do not influence men in the same way. In fact men tend to spend a high part of their income in personal consumption and leisure time, while women tend to spend for the children’s needs instead that for themselves. (Whithehead 1981)

<sup>8</sup>The three dimensions of “empowerment” are defined by Kabeer in these terms: “Resources include not only material resources in the more conventional economic sense, but also the various human and social resources which serve to enhance the ability to exercise choice” (1999:437); “Agency is about more than observable action [...]. It can take the form of bargaining and negotiation, deception and manipulation, subversion and resistance as well as more intangible, cognitive processes of reflection and analysis” (1999:438); while the notion of “achievement” is considered the hardest to define and measured, because related to the expectation and the “realms of possibility” conceived by the subject (1999:442). According to Kabeer in order to measure the achievements is necessary to distinguish between “achievement differentials which signal *differences* in choice and those which draw attention to *inequalities* in the ability to make choice” (1999:448)



economical changes give them new real achievable alternatives, make them acquire a critical consciousness about their status and enable them to change it:

Structures shape individual resources, agency and achievements. They also define the parameters within which different categories of actors are able to pursue their interests, promoting the voice and agency of some and inhibiting that of others. And finally, they help to shape individual interests so that how people define their goals and what they value will reflect their social positioning as well as their individual histories, tastes and preferences. (Kabeer 1999: 461)

Some women still share the role that their tradition attributes to them and do not feel the relegation within the domestic sphere as an unjust condition which deserves to be challenged. On the other hand, others use the opportunity provided by the economic change as a way to change their status and to negotiate gender relations, although it is not a easy choice to take.

Kabeer (2000) shows how women who decide to work outside without a condition of real need, often face the opposition of the male members of the family who fear that their employment will compromise their honour or their ability to perform domestic work. It is especially hard for husbands to accept having a wife working in the public sphere, which means within the sphere traditionally assigned exclusively to them: they feel threatened in their position as the main providers of the household and they feel the shame of appearing not able to fulfil their breadwinning role.

I was opposed to her working because when a woman earns, it does not look good. People say that she is feeding herself. People think is bad, I thought so too. Where did she go, what did she do I forbade her to work, but she went anyway. I used to get hungry but she went anyway. Now I don't feel so bad about it (cited in Kabeer 2000:114)

When socio-economic changes occur, the previous gender structure is challenged because it does not fit anymore with the new context and changes become necessary. The roles of men and women gradually move toward new balances, but it hardly happens without the emergence of conflicts and resistances. Bolak's analysis (1997) of Turkish families in urban areas, shows how the employment of both husband and wife in full time work outside the house provoke the rise of conflicts about the performance of the domestic tasks. Although some women still believe that the care of the house and the children represent their own duty- which they perform during their free time, others start to perceive the double burden as unfair and demand their husband's help. This process of adjustment is not easy, because men hardly accept to review their role, especially in patriarchal societies like the Turkish one:

When effects of urbanization, female employment, and men's reduced economic power provide an occasion for a shift in the boundaries between the sexes, how rights and responsibilities are negotiated depend on the context of situational constraints and opportunities as well as cultural meanings (1997:429)

In Western countries women have the opportunity to embody significant social positions and to earn a high wage but as a consequence they are too busy to perform domestic labour. Due to the shortage of appropriate public welfare services, the solution is often the employment of another woman, often drawn from abroad, who embodies the role of housewife and enables the one 'in a career' to spend most of the day at work:

Women have joined the law, academia, medicine, business, but such professions are still organised for men with families who are free of family responsibilities. Most careers are



based on a well-known pattern: doing professional work, [...] and minimising family life by finding someone else to do it. (Hochschild 2000: 141)

Although the purchase of domestic labour represents a solution to gender conflicts over the division of domestic work, scholars have shown that this formula causes important inequalities at the global level. In fact, the employment of foreign carers by rich Western families, provokes a phenomenon called “global care chain” defined by Hochschild as “a series of personal links between people across the globe based on the paid or unpaid work of caring” (2000:131). In fact the woman who is employed is herself married with dependent children and she pays someone else to take care of them in her native country while she is working abroad. The woman employed by the migrant, who is the one at the end of the chain usually belongs to a poorer household, thus she cannot afford a domestic worker for her own family and has to rely on a member of her family, like an older daughter, to provide unpaid care for her siblings.

The chain reflects the international division of labour as well as local divisions of class, because the migrant usually belongs to the middle-class and her decision to migrate is not driven by necessity, but rather by the desire to ensure higher standards of living for her children and a good education. In order to do that she spends years far away from her family taking care of someone else’s children to whom she spontaneously transfers her emotional attachment- as the Philippine woman interviewed by Parrenas (1998): “The only thing you can do is give all your love to the child [the American one she is taking care of]. In my absence from my children, the most I could do with my situation is give all my love to that child” (cited in Hochschild 2000:130). This phenomenon shows scholars that not only does the chain provoke inequalities in terms of labour, but also in emotional terms, because the rich child benefits from “surplus love” while the poorer one suffers from maternal deprivation during the long absence from his mother (Hochschild 2000, Yeates 2005).

It is evident that these international strategies are practically effective because they are based on inequalities transferred down the chain, and also on gender stereotypes which require women to perform domestic duties- as Parrenas (1998) points out: “it is a transnational division of labour that is shaped simultaneously by the system of global capitalism, the patriarchal system of the sending country and the patriarchal system of the receiving countries” (cited in Hochschild 2000: 138). The fact that the employment of a ‘substitutive woman’ to perform domestic duties within certain social contexts is considered the only ‘solution’, demonstrates that the sexual division of labour within the household has not been overcome, but rather has been deceived thanks to the opportunities offered by the global capitalism.

A recent study realized by a team of American psychologists (Askari S.F, Liss M, Mindy J, Staebell S.E. and Axelson S.J. 2010) on a representative group of unmarried, heterosexual young adults about their expectation of the percentage of chores they will do and those they wish to do when they will be married shows a new mainstream for the next generations. Indeed it shows that there is concordance between the two sexes about their respective wishes, but not about their real expectations: both men and women express the desire to have an equal relationship based on mutual help, but women expect not to have it. So, although men are changing their attitude and prefer to have a career-oriented partner who shares responsibilities inside and outside the domestic sphere, women are still connected to the old stereotype and do not trust that men’s view is changing toward a more egalitarian society.



The fact that even in those societies where apparently the equality is reached because young men want it for their future wives, there is still the memory of the traditional system which influences young women's expectations. This is the demonstration that the renegotiation of gender roles is a dialectic process, historically and culturally determined, whose adjustments are not immediate because it can involve more than one generation.

## Conclusion

In this paper I have shown how the debated universal subjection of women is not necessarily connected with their relegation within the domestic sphere, due to their social role as housewives. Although this role is not biologically determined, but normative, the solution cannot be found in the radical negation of feminine attributes, toward an artificial and universal equalization of the two sexes which overcomes local perceptions of gender duties. The notion of empowerment is so relative that its realization requires a contextual analysis directed to the definition of resources, achievements and agency of the women who are supposed to be empowered. In fact ethnographic data shows that women, even in gender segregated societies, are not so interested in challenging the patriarchal system and declining the religious constraints derived by the *pardah* although the possibility to join the wage market, to acquire economical autonomy and to abandon the domestic sphere has been offered to them. That is not to say that women never want to change their status, but that their expectations are neither obvious nor homogenous.

By analysing how Bangladeshi women react to the opening of garment industries, Kabeer demonstrated not only that the same phenomenon provokes different reactions according to women's age, class, religious conceptions and personal expectations but also that endogenous processes of economical and social changes make women spontaneously reflect on their status within the household and within the community, without the necessity of an external subject who proposes for them a defined and fixed strategy of empowerment. In Western countries, where the majority of women are nowadays employed full-time in wage labour, the employment of another woman to perform domestic duties has represented a solution of compromise for many wealthy families, although it implies important inequalities on different levels.

With this paper I have tried to demonstrate that the redefinition of gender boundaries cannot be the product of a specific ideology aimed at an universal idea of gender equality, but rather it is the historical result of the adaptation to different socio-economic contexts. Anthropology can provide an important contribution in researching formulas which seek to 'empower' women, by emphasising endogenous processes of gender renegotiation which have already been taking place in those social environments where women have started to demand a higher recognition and power of choice within their households.

## Bibliography

Abu-Lughod L., *Veiled Sentiments: Honor and Poetry in a Bedouin Society*, University of California Press, 1986.



- Abu-Lughod L., “Do Muslim women really need saving? Anthropological reflections on cultural relativism and its others”, *American Anthropologist*, 104, 3 (2002), pp. 783-790.
- Askari S.F, Liss M, Mindy J, Staebell S.E. and Axelson S.J., “Men Want Equality, but Women Don’t Expect it: Young Adults’ Expectations for Participation in Household and Child Care Chores”, *Psychology of Women Quarterly*, 34 (2010), pp.243-252.
- Baden S. and Goets A. M., “Who needs [sex] when you can have [gender]? Conflicting discourses on gender at Beijing”, in Jackson C. and Pearson R. (eds), *Feminist Vision of Development: Gender, Analysis and Policy*, London, Routledge, 2000.
- Baud I., “Industrial Subcontracting: The Effects of the Putting out System on Poor Working Women in India” in Sing A.M. and Kelles-Viitanen A. (eds), *Invisible Hands: Women in Home-Based Production*, New Dheli, Sage Publication, 1987.
- Bennholdt-Thomsen V., “Subsistence Production and Extended Reproduction”, in Young K., Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women’s Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Bhatty Z., “Economic Contribution of Women to the Household Budget: A Case Study of the Beedi Industry”, in Sing A.M. and Kelles-Viitanen A. (eds), *Invisible Hands: Women in Home-Based Production*, New Dheli, Sage Publication, 1987.
- Bolak H. C., “When Wives are Major Providers: Culture, Gender, and Family Work”, *Gender and Society*, 11 (1997), pp. 409-433.
- Harris O., “Household as Natural Units”, in Young K, Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women’s Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Hochschild A. R., “Global Care Chains and Emotional Surplus Value”, in Hutton W. and Giddens A. (eds), *On the Edge: Living with Global Capitalism*, London, Jonathan Cape, 2005.
- Jumani U., “The Future of Home-Based Production”, in Sing A.M. and Kelles-Viitanen A. (eds), *Invisible Hands: Women in Home-Based Production*, New Dheli, Sage Publication, 1987.
- Kabeer N., “Benevolent Dictators, Maternal Altruists and Patriarchal Contracts: Gender and Household Economics”, in Kabeer N., *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development Thought*, London, Verso, 1994.
- Kabeer N., “Resources, Agency, Achievements: Reflections on the Measurement of Women’s Empowerment”, *Development and Change*, 30 (1999), pp. 435-464.
- Kabeer N., “Renegotiating purdah: women workers and labour market decision making in Dhaka”, in Kabeer N., *The Power to Choose: Bangladeshi Women and Labour Market Decisions in London and Dhaka*, New York, Verso, 2000.
- Kibria N., “Culture, Social Class and Income Control in the Lives of Women Garment Workers in Bangladesh”, *Gender and Society*, 9 (1995), pp. 289-309.





- Kobayashi A., Peake L., Benenson H. and Pickles K., "Pacing Women and Work", in Kobayashi A. (eds), *Women, Work and Place*, McGill-Queen's University Press, 1994.
- Maher V., "Work, Consumption and Authority within the Household: a Moroccan Case", in Young K., Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women's Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Makintosh M., "Gender and Economics: the Sexual Division of Labour and the Subordination of Women", in Young K., Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women's Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Messick B., "Subordinate Discourse: Women, Weaving and Gender Relations in North Africa", *American Ethnologist*, 14, 2 (1987), pp. 210-225.
- Mohanty C. T., "Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourse", *Feminist Review*, 30 (Autumn 1988), pp. 61-88.
- Nelson C., "Public and Private Politics: Women in the Middle Eastern World", *American Ethnologist*, 7, 3 (1974), pp. 551-563.
- Osnowits D., "Managing Time in Domestic Space: Home-Based Contractors and Household Work", *Gender and Society*, 19, 1 (2005), pp. 83-103.
- Phillips A. and Taylor B., "Sex and Skill: Notes Towards a Feminist Economics", *Feminist Review*, 6 (1980), pp. 79-88.
- Rassam A., "Women and Domestic Power in Morocco", *International Journal of the Middle East Studies*, 12, 2 (1980), pp. 171-179.
- Rosaldo M.Z. and Lamphere L., *Women, Culture and Society*, Berkley, Stanford University Press, 1974.
- Sen A.K., "Gender and Cooperative Conflicts", in Tinker I. (eds), *Persistent Inequalities*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Sing A.M. and Kelles- Viitanen A., "Introduction", in Sing A.M. and Kelles- Viitanen A. (eds), *Invisible Hands: Women in Home-Based Production*, New Delhi, Sage Publication, 1987.
- Stolcke V., "Women's Labours: The Naturalization of Social Inequality and Women's Subordination", in Young K., Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women's Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Whitehead A., "'I'm hungry, mum': The Politics of Domestic Budgeting", in Young K., Wolkowitz C. and McCullagh R. (eds), *Of Marriage and the Market: Women's Subordination in International Perspective*, London, CSE Books, 1981.
- Wilkinson-Weber C.M., "Skill, Dependency, and Differentiation: Artisan and Agents in the Lucknow Embroidery Industry", *Ethnology*, 36, 1 (1997), pp. 49-65.



JURA GENTIUM



Wilkinson-Weber C.M., “Women, Work and the Imagination of Craft in South Asia”, *Contemporary South Asia*, 13, 3 (2010), pp- 287-306.

Yeates N., “Global Care Chains: a Critical Introduction”, *Global Migration Perspectives*, 44 (2005).

# Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del *Kronjurist*

Filippo Ruschi

1. Prima di esaminare i fatti, ammoniva Edward Hallett Carr – lo storico inglese, interprete di primo piano del realismo politico ‘classico’ –, occorre studiare colui che li espone: “History cannot be written unless the historian can achieve some kind of contact with the mind of those about whom he is writing”<sup>1</sup>. Questo non è vero solo per chi scrive di storia, ma anche per il filosofo del diritto che deve necessariamente confrontarsi con la figura di Carl Schmitt nel momento in cui si accosta a quel *mare magnum* che è la sua sterminata produzione, frutto di una attività intellettuale durata oltre un settantennio<sup>2</sup>.

Talvolta, è vero, nella vita di un giurista il dato biografico è tutto sommato un dettaglio. Le sue scelte, le sue passioni, anche i suoi errori di prospettiva, si condensano nei libri che scrive. Questo in ossequio ad una tradizione di pensiero che lo vuole un aligdo osservatore neutrale, e ad un percorso formativo che lo porta a sublimare le proprie aspirazioni e preferenze in pratiche discorsive ed ermeneutiche di elevato profilo tecnico. Il teorico del diritto in altri termini prevale sull’uomo, sulle sue predilezioni, sulle sue attitudini e perfino sul suo percorso intellettuale che, appunto, finiscono per essere un dettaglio erudito.

Chi ha una conoscenza anche solo superficiale della biografia di Schmitt può comprendere perfettamente che questo approccio ‘libresco’ non vale a nulla: le sue pagine trasudano vita. Le oltre cinquanta monografie e i più di duecentocinquanta articoli che costituiscono il suo *corpus* raccontano esperienze, tormenti e, naturalmente, errori. Le contraddizioni che caratterizzano molte delle sue pagine, gli scarti teorici, i cambi di passo, non fanno che riflettere una esistenza tumultuosa. “Carl Schmitt è stato uno dei pensatori più scomodi del Novecento”, ha rilevato Stefano Pietropaoli. Laddove questa difficoltà deriva anche dalla “sottigliezza delle sue affermazioni” e dalla “deliberata non sistematicità delle sue tesi teoriche”<sup>3</sup>. Sono tratti, questi, che non appartengono al giurista, ma all’uomo.

Queste considerazioni sono tanto più valide ove si scelga di mettere a fuoco un periodo particolarmente controverso della vita di Schmitt: gli anni che vanno dal 1933 al 1936. Si tratta di un segmento della sua biografia a lungo investigato – tanto che non è neppure il caso di proporre una bibliografia inevitabilmente selettiva –<sup>4</sup>, quello della sua ascesa nell’empireo della cultura nazista e della sua repentina caduta. Un periodo

---

<sup>1</sup> Cfr. E. Carr, *What Is History?*, London, Penguin, 1961, p. 24.

<sup>2</sup> In merito si veda il dettagliatissimo A. de Benoist, *Carl Schmitt: Internationale Bibliographie der Primär- und Sekundärliteratur*, Graz, Ares, 2010.

<sup>3</sup> Cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012, p. 9.

<sup>4</sup> Del resto “seguire la messe di articoli sparsi nelle più disparate riviste”, ha osservato Paolo Cappellini, “sarebbe impresa, non a caso, ‘unicamente’ disperata”, cfr. P. Cappellini, “Recensione a I. Staff, *Staatsdenken im Italien des 20 Jahrhunderts – Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption*”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 572-584, e in particolare p. 574.



temporalmente circoscritto, che pure ha segnato il percorso intellettuale di Schmitt fino al punto di far relegare il resto della sua produzione in uno sfondo fuori fuoco, e di dare origine ad una *querelle* ancora straordinariamente vivace in cui giudizi e pregiudizi si saldano in maniera inestricabile. A fronte di un dibattito tanto ampio e frastagliato, il limitato obiettivo che mi assegno in queste poche pagine è quello di rileggere la sua (controversa) produzione, alla luce del suo percorso biografico. Questo al fine non di trovare risposte, ma semplicemente di provare a contestualizzare le domande<sup>5</sup>.

2. Chi ipotizzava che all'indomani della presa del potere il nazionalsocialismo si sarebbe progressivamente 'istituzionalizzato', moderando le proprie istanze radicali e ripudiando le violenze che ne avevano caratterizzato l'ascesa, era destinato ad essere drammaticamente smentito. La 'Notte dei lunghi coltelli' – in realtà una mattanza durata dal 30 giugno al 2 luglio 1934 – aveva dato saggio della spietatezza di Hitler: tra le vittime si contavano avversari politici – la lista è eterogenea: cattolici, marxisti e monarchici – ma anche oppositori interni allo *NSDAP*. D'altra parte a cadere sotto i colpi delle *Schutzstaffeln* (*SS*) non erano stati solo i vertici della *Sturmabteilung* (*SA*). Anche eminenti personalità della composita galassia conservatrice tedesca avevano fatto le spese delle violenze naziste: il cattolico Edgar Julius Jung – per alcuni versi politicamente un *alter ego* di Carl Schmitt – che inizialmente aveva plaudito ai successi elettorali di Hitler, per poi accarezzare l'idea di assassinarlo, fu ritrovato cadavere nella campagna brandeburghese<sup>6</sup>. Kurt von Schleicher – una delle personalità di primo piano della repubblica weimariana, tra l'altro a lungo uno dei referenti politici di Schmitt –, che aveva prima corteggiato i nazisti e poi da Cancelliere aveva invano cercato di frenare l'ascesa di Hitler, fu assassinato nel salotto di casa assieme alla moglie<sup>7</sup>. Herbert

---

<sup>5</sup> In questo senso faccio mie le puntuali considerazioni di Luigi Mari circa l'opportunità di studiare Schmitt, non per trovare una giustificazione alle sue scelte, ma per comprenderne le dinamiche, cfr. L. Mari, "Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale 'nomos', dopo Schmitt, per l'Europa?", *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista di cultura e scienza giuridica*, 10 (2011), 1-2, pp. 67-91 e in particolare pp. 70-71.

<sup>6</sup> Il manifesto politico di Jung, uno dei protagonisti della *Konservative Revolution*, è in E. J. Jung, *Die Herrschaft der Minderwertigen: Ihr Zerfall und ihre Ablösung durch ein neues Reich*, Berlin, Deutsche Rundschau, 1930 – ma la prima edizione è del 1927 –, di cui è disponibile la traduzione inglese in *Die Herrschaft der Minderwertigen. The Rule of the Inferiour*, Lewiston (NY), Edwin Mellen, 1995. La figura di Jung è da tempo oggetto di approfonditi studi, a partire per lo meno da B. Jenschke, *Zur Kritik der konservativ-revolutionären Ideologie in der Weimarer Republik. Weltanschauung und Politik bei Edgar Julius Jung*, München, Beck, 1971. Si veda poi E. Forschbach, *Edgar J. Jung: Ein konservativer Revolutionär - 30. Juni 1934*, Pfullingen, Neske, 1984, interessante anche per il fatto che l'autore fu un esponente di spicco del *Deutschnationale Volkspartei*, intrattenendo rapporti con lo stesso Jung. Ancora recentemente e con particolare attenzione al Jung politologo e giurista cfr. Sebastian Maass, *Die andere deutsche Revolution: Edgar Julius Jung und die metaphysischen Grundlagen der Konservativen Revolution*, Kiel, Regin, 2009. Più sinteticamente cfr. L. E. Jones, "Edgar Julius Jung: The Conservative Revolution in Theory and Practice", *Central European History*, 21 (1988), 2, pp. 142-174. Per una utile contestualizzazione storica cfr. poi S. Breuer, *Anatomie der konservativen Revolution*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993; trad. it. *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di Destra nella Germania di Weimar*, Roma, Donzelli, 1995. Con particolare attenzione alla dimensione giusfilosofica si veda poi G. Hamza, "The 'Third Reich' in the German Legal, Philosophical and Political Thinking", *Acta Juridica Hungarica*, 42 (2001), 1-2, pp. 91-101.

<sup>7</sup> Sulla figura di von Schleicher si veda da ultimo I. Strenge, *Kurt von Schleicher: Politik im Reichswehrministerium am Ende der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006. Sul ruolo degli apparati militari – di cui von Schleicher fu in qualche modo espressione – nelle dinamiche politiche



von Bose, uomo di fiducia e portavoce del *Reichsvizekanzler* Franz von Papen, che nel 1931 era stato uno dei promotori del ‘Fronte di Harzburg’ – un confuso tentativo di coagulare le forze della destra tedesca, tra cui ovviamente lo *NSDAP* – fu freddato negli uffici della Vice-Cancelleria: Bose, assieme allo stesso Papen, era sospettato di voler organizzare un *putsch* militare contro Hitler. Lo stesso *Reichsvizekanzler* scampò alla morte solo grazie alla protezione di Göring, ma per alcuni giorni restò confinato nella sua abitazione sotto stretta sorveglianza, impossibilitato a comunicare con l’esterno.

Era solo l’inizio. L’epurazione delle SA, con il loro programma social-rivoluzionario, il violento radicalismo, le istanze anti-borghesi, non determinò alcun riposizionamento del partito: private dei loro capi carismatici – Ernst Röhm, Gregor Strasser – le camice bruno che avevano costituito la massa di manovra del partito nelle irrequiete piazze della Germania weimariana, furono semplicemente messe da parte. Il ruolo di avanguardia politica e militare dello *NSDAP* fu rivendicato dalle SS di Himmler che ottennero il controllo di tutti gli organi di sicurezza del *Reich*, con l’esclusione degli apparati militari. La svolta determinò un ulteriore inasprimento della caccia al nemico interno ed esterno, un perfezionamento dei dispositivi di controllo, una tragica fuga nel mito della purezza ideologica e razziale. “Il terrore totalitario”, ha d’altra parte osservato Hannah Arendt, “si instaura solo quando il regime non ha più nemici da arrestare o torturare sino alla morte e anche i diversi gruppi di sospetti sono stati eliminati e non possono essere sottoposti ‘a una custodia preventiva’”<sup>8</sup>.

Cogliendo dunque molti di sorpresa, si aprì all’insegna della più rigida ortodossia al *Mein Kampf* una lunga campagna fatta di sospetti, delazioni, fascicoli riservati. La lista degli obbiettivi era lunga e accanto ai tradizionali antagonisti del *NSDAP* comprendeva anche i tiepidi, gli indecisi, gli inaffidabili, i cripto-conservatori, gli opportunisti dell’ultima ora. A farne le spese furono personalità di altissimo profilo come il fisico e premio Nobel Werner Karl Heisenberg che fu attaccato per i suoi costanti riferimenti alla teoria della relatività di Einstein prima sulle pagine di *Völkischer Beobachter*, l’organo di stampa dello *NSDAP*, e poi in un fiammeggiante articolo dal titolo *Weißer Juden in der Wissenschaft* a firma di Johannes Stark – a sua volta premio Nobel per la fisica, presidente della prestigiosa *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, nonché autore dell’eloquente *Nationalsozialismus und Wissenschaft* – sulle pagine di *Das Schwarze Korps*, la rivista ufficiale delle SS<sup>9</sup>.

---

e costituzionali della Germania weimariana un buon punto di partenza è C. Jahr, “La ‘Reichswehr’ come agente politico nella Repubblica di Weimar”, *Memoria e Ricerca*, 28 (2008), pp.73-88.

<sup>8</sup> Cfr. H. Arendt, “Mankind and Terror”, in Ead., *Essays in Understanding. 1930-1954. Uncollected and Unpublished Works by Hannah Arendt*, New York, Harcourt Brace, 1994, trad. it. “Umanità e terrore”, in Ead., *Antologia. Pensiero, azione e critica nell’epoca dei totalitarismi*, Milano, Feltrinelli, pp. 97-106 e in particolare p. 98.

<sup>9</sup> Cfr. W. Menzel, “Deutsche Physik und Jüdische Physik”, *Völkischer Beobachter*, 49 (1936), 29, p. 7. Nonostante che l’autore, Willi Menzel – un oscuro allievo del premio Nobel Philipp von Lenard –, non avesse alcun prestigio scientifico, Heisenberg avvertì la necessità di difendersi pubblicando una appassionata replica sulla medesima rivista: cfr. W. Heisenberg, “Zum Artikel: Deutsche und jüdische Physik – Entgegnung von Prof. Dr. Heisenberg”, *Völkischer Beobachter*, 59 (1936), 28, p. 6. A sostegno delle tesi di Menzel, considerato l’araldo di una nuova fisica autenticamente *völkisch*, intervenne lo stesso Stark di cui in calce al testo di Heisenberg fu pubblicato J. Stark, “Zum Artikel: Deutsche und Jüdische Physik. Stellungnahme von Prof. Dr. J. Stark”, *ivi*, p. 6. Si tratta di testi piuttosto noti, tanto che la replica di Heisenberg si ritrova anche in W. Heisenberg, *Gesammelte Werke*, Bd. V, München, Piper, 1989, p. 10. Una traduzione in lingua inglese dei testi citati è poi disponibile in K. Hentschel (a cura di), *Physics*





Accusato di voler corrompere il pensiero scientifico tedesco, Heisenberg fu sottoposto per oltre sei mesi ad accurate indagini da parte del *Sicherheitsdienst (SD)*, il servizio di informazioni delle SS guidato da Reinhard Heydrich, di lì a poco uno degli architetti della *Endlösung der Judenfrage*. Heisenberg fu rapido a comprendere il pericolo che stava correndo e, professando la propria fedeltà alla Germania nazionalsocialista, in virtù di relazioni personali e famigliari di antica data si appellò allo stesso Himmler.<sup>10</sup> Il futuro coordinatore del controverso progetto atomico tedesco poté così uscire indenne dall'inchiesta, avendo ottenuto dal *Reichsführer* di non subire ulteriori attacchi personali. Nonostante le rassicurazioni, però, non fu chiamato a succedere al suo maestro Arnold Sommerfeld nella prestigiosa cattedra di Fisica teorica dell'Università di Monaco, restando in sostanza emarginato dal dibattito scientifico almeno fino allo scoppio della seconda guerra mondiale<sup>11</sup>.

Se Heisenberg, che può essere incasellato tra i 'tiepidi', corse un serio pericolo non meno complessa fu la vicenda di un altro protagonista della cultura tedesca del secolo scorso, Martin Heidegger. Rettore dell'Università di Friburgo dall'aprile 1933, Heidegger aveva aderito il primo maggio dello stesso anno allo *NSDAP* formalizzando un rapporto consolidato. Non è il caso di soffermarsi su di un dibattito, quello relativo all'adesione di Heidegger al nazionalsocialismo e al suo antisemitismo, tanto articolato quanto acceso<sup>12</sup>. Né è qui possibile attardarsi sulle molte ambiguità presenti nella sua

---

*and National Socialism: An Anthology of Primary Sources*, Basel, Springer, 2001, pp. 119-127. Si veda infine J. Stark, "Weiße Juden in der Wissenschaft", *Das Schwarze Korps*, 15.7.1937, p. 6; Engl. trans. K. Hentschel (a cura di), *Physics and National Socialism*, cit., pp. 152-156.

<sup>10</sup> La moglie Elizabeth ha ricordato come Heisenberg, a seguito degli interrogatori cui era stato sottoposto, avesse poi sofferto l'incubo ricorrente di trovare nella propria abitazione la Gestapo: cfr. E. Heisenberg, *Das politische Leben eines Unpolitischen – Erinnerungen an Werner Heisenberg*, München, Piper, 1983; Engl. trans. *Inner Exile: Recollections of a Life with Werner Heisenberg*, Boston, Birkhäuser, 1984, p. 55.

<sup>11</sup> La figura di Heisenberg, oltre ad essere paradigmatica delle molte ambiguità della comunità scientifica tedesca, presenta alcuni interessanti parallelismi con la vicenda umana di Schmitt. Gli studi dedicati a questo protagonista della scienza novecentesca sono molteplici: un buon punto di partenza, utile anche per un vaglio critico della letteratura esistente è N. P. Landsman, "Getting even with Heisenberg", *Studies in History and Philosophy of Modern Physics*, 33 (2002), pp. 297-325. Ho fatto poi ampio riferimento al dettagliato P. L. Rose, *Heisenberg and the Nazi Atomic Bomb Project, 1939-1945. A Study in German Culture*, Berkeley (Ca.), University of California Press, 2002, pp. 246-270, per altro molto severo nei confronti del fisico tedesco. Per un inquadramento generale del rapporto tra il nazionalsocialismo e il mondo della fisica si veda K. Hentschel, "Introduction", in Id. (a cura di), *Physics and National Socialism*, cit., pp. xix-c. Per una analisi di più ampio respiro, utile anche per confrontare la relazione tra il regime e le altre *hard sciences* cfr. D. Hoffmann, M. Walker (a cura di), *Physiker Zwischen Autonomie und Anpassung. Die Deutsche Physikalische Gesellschaft im Dritten Reich*, Weinheim, Wiley-VCH, 2007; Engl. trans. *The German Physical Society in the Third Reich: Physicists between Autonomy and Accommodation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>12</sup> La questione è risalente – è sufficiente sfogliare A. Caputo, *Vent'anni di recezione heideggeriana (1979-1999): una bibliografia*, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 210-229 –, ma il dibattito pubblico si è infiammato dopo la pubblicazione di V. Farías, *Heidegger et le nazisme*, Paris, Verdier, 1987; trad. it. *Heidegger e il nazismo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1988. Victor Farías, infatti, ha sottolineato le forti aderenze tra il pensiero heideggeriano e le dottrine nazionalsocialiste, tanto che il primo finisce per essere una formalizzazione in termini filosofici delle seconde. In questa prospettiva anche la biografia di Heidegger sarebbe segnata dalla sua convinta adesione al nazionalsocialismo. L'analisi di Farías è stata contestata per la sua superficialità – la seconda edizione in lingua tedesca prefata da Jürgen Habermas tenta in effetti di rimediare a molte delle lacune, cfr. Id., *Heidegger und Nazismus*, Frankfurt a. M., Fischer, 1989 –, cfr. in particolare F. Fedier, *Heidegger. Anatomie d'un scandale*, Paris, Laffont, 1988;



biografia intellettuale, ivi comprese le delazioni ai danni di colleghi tacciati di dissidenza. Certo è che il suo tentativo di accreditarsi presso il nuovo regime come *maître à penser* non fu coronato dal successo. Già nel febbraio 1934 Heidegger aveva presentato le proprie dimissioni da rettore: le ragioni erano molteplici, ma certo fu decisivo il fallimento del progetto heideggeriano di forgiare una nuova università che, ispirata alla dottrina nazionalsocialista, non negasse però l'autonomia e la libertà della ricerca scientifica<sup>13</sup>. Il suo rettorato incontrò l'ostilità di quella ampia frangia del corpo accademico che avversava il *NSDAP*, ma al tempo stesso la sua politica universitaria fu ritenuta insoddisfacente e ambigua dai vertici nazionalsocialisti. Questa delusione non tardò a tramutarsi in vero e proprio sospetto nei confronti di un intellettuale che senza esplicitamente criticare i dogmi del partito – e mantenendo la propria iscrizione al partito – si collocava su posizioni progressivamente più divergenti ed eterodosse.

Nel corso degli anni Trenta Heidegger fu progressivamente emarginato, fino ad essere sottoposto a sorveglianza dall'onnipotente *SD*. L'ordine era venuto da quel Gustav Adolf Scheel che dopo essere stato a capo degli studenti nazionalsocialisti del Baden prima – ruolo in cui non erano mancati attriti con il rettore Heidegger – e poi del *Reich* intero, ebbe un peso determinante nel controllo dell'apparato accademico tanto da essere nominato nel delirante testamento di Hitler al vertice del *Reichsministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung*<sup>14</sup>.

Heidegger con tutta probabilità non corse alcun reale pericolo, ma la pressione proveniente dagli apparati di sicurezza del partito, la sua sostanziale espulsione dal dibattito pubblico, le difficoltà incontrate nel pubblicare i suoi studi, furono funzionali

---

trad. it. *Heidegger e la politica. Anatomia di uno scandalo*, Milano, Egea, 1993. Più documentata e misurata, ma non meno netta negli esiti finali, la dissezione del *corpus* heideggeriano volta a documentarne la prossimità al nazionalsocialismo contenuta in H. Ott, *Martin Heidegger: Unterwegs zu seiner Biographie*, Frankfurt a. M., Verlag Campus, 1988; trad. it. *Martin Heidegger: sentieri biografici*, Milano, SugarCo, 1990. Radicalmente divergente l'interpretazione contenuta in J. Young, *Heidegger, Philosophy, Nazism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. Un tassello decisivo per ricostruire il percorso intellettuale di Heidegger è costituito da E. Faye, *Heidegger. L'introduzione del nazismo nella filosofia*, Paris, Albin Michel, 2005; trad. it., *Heidegger, l'introduzione del nazismo nella filosofia*, Roma, L'Asino d'oro, 2012, che sulla base di ampio materiale inedito ha evidenziato la sua vicinanza al regime. Il denso lavoro di Emmanuel Faye è ben lontano dall'aver posto la parola fine alla controversia, si vedano le sobrie considerazioni contenute in G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2010, pp. 110-115.

<sup>13</sup> In questo senso può essere utile fare riferimento al controverso M. Heidegger, *Die Selbstbehauptung der deutschen Universität*, Breslau, Korn, 1933; trad. it., “Discorso di rettorato. La quadratura in se stessa dell'università tedesca”, in Id., *Scritti politici (1933-1966)*, Casale Monferrato, Piemme, 1998, pp. 129-142. Il testo è stato ampiamente discusso – *in primis* dai partecipanti alla *querelle* sul nazismo di Heidegger – ma per un primo inquadramento può essere utile fare riferimento anche a A. Caracciolo, “Rileggendo Die Selbstbehauptung der deutschen Universität di M. Heidegger”, *Giornale di Metafisica. Rivista bimestrale di filosofia*, 9 (1987), 3, pp. 395-404, nonché al drastico R. Brandt, “L'autoaffermazione dell'università tedesca di Martin Heidegger”, *Intersezioni. Rivista di storia delle idee*, 24 (2004), 1, pp. 73-108.

<sup>14</sup> Lo ricorda lo stesso Heidegger nel suo memoriale emblematicamente intitolato *Das Rektorat 1933/34: Tatsachen und Gedanken* che, redatto già nel 1945, fu pubblicato soltanto in M. Heidegger, *Die Selbstbehauptung der deutschen Universität. Das Rektorat 1933/34: Tatsachen und Gedanken*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1983; trad. it., *Il rettorato 1933-1934. Fatti e riflessioni*, in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 239-262 e in particolare pp. 260-261. La traduzione dei due scritti di Heidegger sulla sua esperienza di rettore è disponibile anche in M. Heidegger, *L'autoaffermazione dell'università tedesca. Il rettorato 1933/34*, Genova, il melangolo, 1988.



alla sua progressiva afonia. L'ultimo insulto del regime, forse il più feroce, fu l'arruolamento forzato di Heidegger: nell'estate del 1944 il rettore di Friburgo, riunito il corpo accademico, annunciò che di concerto con i vertici locali del *NSDAP* avrebbe differenziato i docenti in tre gruppi in funzione della loro rilevanza per l'università. Come lo stesso Heidegger ha avuto modo di ricordare in una lunga intervista allo *Spiegel*, l'elenco di coloro che erano stati ritenuti assolutamente superflui cominciava con il suo nome. Nella tarda estate del 1944 si trovò così a scavare trincee per rafforzare le fortificazioni del *Westwall*, l'ultima linea di resistenza tedesca, presso le rive dell'alto Reno<sup>15</sup>. Quando poi nel settembre successivo fu costituita la *Volkssturm*, la raccogliatrice milizia che composta da tutti i cittadini maschi del *Reich* di età compresa tra i sedici e i sessanta anni non ancora sotto le armi, nei disegni di Hitler avrebbe dovuto fermare l'avanzata alleata, Heidegger fu chiamato alle armi. Molti docenti universitari ottennero di essere esentati dal servizio e i colleghi di Friburgo si adoperarono strenuamente per ottenere il suo congedo<sup>16</sup>. Non ci fu però nulla da fare, anche se in effetti Heidegger non prese parte ad alcun combattimento e già nel gennaio 1945 era ritornato nella nativa Messkirch per dedicarsi ai suoi amati studi.

3. E Schmitt? Se Sommerfeld fu considerato dai nazisti un 'tiepido' e Heidegger un 'infido', quale fu il suo fato? La scelta di attribuire a Schmitt questa o quella etichetta dipende in gran parte dalla visuale adottata. D'altra parte qualsiasi soluzione rischia di essere parziale e di irrigidire Schmitt entro coordinate troppo schematiche che non restituiscono la complessità e la contraddittorietà del personaggio. O, peggio, risulta il frutto di un giudizio precostituito che finisce per accantonare nei bassifondi della scienza giuridica novecentesca una delle sue menti più brillanti. Senza voler proporre giudizi definitivi, certo è che negli anni della consolidazione del regime nazionalsocialista la parabola di Schmitt ripercorse la traiettoria di Sommerfeld e Heidegger.

Le premesse, d'altra parte, non erano delle migliori: la *liaison* tra il *NSDAP* e quello che fu definito il *Kronjurist* del regime nazionalsocialista nasceva su basi tutt'altro che solide. Fin dalla fine degli anni Venti Schmitt si era legato agli ambienti conservatori che facevano riferimento a von Schleicher e Johannes Popitz, l'uno destinato – come si è visto – ad essere assassinato durante la Notte dei lunghi coltelli, l'altro ad essere impiccato nel febbraio 1945 per essere stato coinvolto nella *Operation Walküre*, il

---

<sup>15</sup> M. Heidegger, "Nur noch ein Gott kann uns retten", *Der Spiegel*, 30 (31 Mai 1976), pp. 193-219. Come ricorda Heidegger, del medesimo gruppo di dispensabili fece parte lo storico di ispirazione conservatrice Gerhard Georg Bernhard Ritter che, tra l'altro, era stato l'unico docente di Friburgo che avesse partecipato ai funerali del maestro di Heidegger, Edmund Husserl, allontanato dall'Università perché ebreo. Ritter durante la guerra era poi stato arrestato con l'accusa di cospirazione contro il regime.

<sup>16</sup> Cfr. R. Safranski, *Martin Heidegger: Between Good and Evil*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, pp. 332-33. Parzialmente diversa la ricostruzione contenuta in E. Faye, *Heidegger, l'introduzione del nazismo nella filosofia*, cit., p. 106. Sulla *Volkssturm* – di cui fecero parte tra gli altri un Otto Dix cinquantaquattrenne e un Hans Magnus Enzensberger sedicenne – un buon punto di partenza è D. K. Yelton, *Hitler's Volkssturm: The Nazi Militia and the Fall of Germany, 1944-1945*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 2002. Sul problematico rapporto tra l'istituzione di questo corpo paramilitare e la disciplina dello *ius in bello* prevista dalle Convenzioni dell'Aja sono preziose le annotazioni contenute nel classico C. Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto di politico*, Milano, Adelphi, 2005, pp. 57-58.



tentato *putsch* di Claus von Stauffenberg<sup>17</sup>. Da parte di Schmitt si trattava di una convinta adesione politica, sigillata dalla pubblicazione del brillante *Der Hüter der Verfassung* che lo aveva inserito nell'orbita dei consulenti più autorevoli del governo del *Reich*, anche se, come ha fatto notare Carlo Galli “dal punto di vista teorico, la posizione di Schmitt è più radicale di quella dei conservatori”<sup>18</sup>. La sua concezione di “Stato totale per energia”, infatti, trascende per intensità ‘politica’ i nostalgici richiami alla monarchia guglielmina e alla controversa esperienza bismarckiana del *Rechtstaat* che riecheggiavano con insistenza negli ambienti nazionalisti vicini al *Reichspräsident* Paul von Hindenburg. Al di là di questa cesura, in effetti circoscritta alla dimensione filosofico-politica, non è lecito dubitare della buona fede di Schmitt. Ne è prova *Legalität und Legitimität*, uno dei suoi saggi più noti, destinato fin dalla sua pubblicazione a generare un accalorato dibattito che a distanza di ottant'anni sembra ancora lontano dall'essersi esaurito<sup>19</sup>.

Non è il caso di soffermarsi sulle argomentazione di Schmitt sviluppate – ha rilevato Pier Paolo Portinaro – a partire dalla antitesi tra “un concetto *formale* e un concetto *politico* di legge” e destinate ad assestare un micidiale colpo ad ogni istanza formalistica legata all'esperienza liberale. Piuttosto, mi preme sottolineare che la sua scientifica demolizione dello Stato legislativo non sottintende in alcun modo un *favor* nei confronti di una ipotetica dittatura. Se si rilegge *Legalität und Legitimität* tenendo sullo sfondo le convulse vicende che segnarono la fine della repubblica weimariana, emerge chiaramente l'appassionata difesa dell'ordine giuridico e politico fondato sulla *Verfassung* del 1919. Si trattava di un appello finalizzato alla salvaguardia dei

---

<sup>17</sup> Schmitt dedicherà alla memoria di Popitz – ministro senza portafoglio fin dal 1933, era stato l'unico membro dell'esecutivo ad aver partecipato attivamente alla cospirazione – C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958. Questa raccolta di scritti comprende anche il celebre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* – in origine il testo di una conferenza tenuta da Schmitt in differenti università europee durante gli anni della guerra –, in un primo tempo destinato ad un *Festschrift* per i sessant'anni dell'amico Popitz. La condanna a morte emessa dalla *Volksgesichtshof* il 3 ottobre del 1944 aveva reso quanto meno inopportuna la pubblicazione del volume: cfr. C. Schmitt, “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., pp. 386-429; trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, Pellicani, 1996 e in particolare p. 89. Sul contesto storico-politico in cui maturò il rapporto di amicizia tra il *grand commis de l'État* e l'allora docente della *Handelshochschule* di Berlino – i due furono addirittura vicini di casa – si veda la vivida ricostruzione contenuta in J. W. Bendersky, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1983; trad. it. *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 145-159. Per una ricostruzione attenta alla dimensione intellettuale del rapporto tra i due si veda L.-A. Benthin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt: zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, München, Beck, 1972 nonché – seppure con un grado minore di attenzione – E. Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham-London, Duke University Press, 2004.

<sup>18</sup> Cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931 (ma la prima edizione, meno ampia, è in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 16 (1929), 2, pp. 161-237); trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981. Non è secondario notare che il testo si ritrova anche in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, accompagnato dal commento di Popitz, a suo tempo pubblicato sulle pagine del quotidiano di ispirazione cattolica *Germania*: cfr. J. Popitz, “Wer ist Hüter der Verfassung?”, in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., pp. 101-105. Cfr. poi C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 672.

<sup>19</sup> Cfr. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1932; trad. it. parziale in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 209-244.





fondamenti materiali del dettato costituzionale contro il “vuoto funzionalismo di una matematica puramente aritmetica della maggioranza e della minoranza”<sup>20</sup>. Questa vigorosa sollecitazione era rivolta in primo luogo al presidente del *Reich*, chiamato a tutelare i principi costituzionali non solo contro il pericolo di sovvertimenti rivoluzionari, ma anche da una minaccia più sottile ma non meno micidiale: quella dello stravolgimento della costituzione a colpi di maggioranza parlamentare. Una tutela che poteva arrivare perfino alla sospensione di porzioni significative del testo, pur di salvaguardare i principi fondamentali dell’ordinamento. Ora se solo si riflette sul fatto che proprio nel luglio del 1932 il *NSDAP* era destinato a uno straordinario successo elettorale, ottenendo alle elezioni federali oltre il 37% dei voti e divenendo così il primo partito della repubblica weimariana, non è difficile intuire quale colore avesse per Schmitt la maggioranza che poteva mettere in pericolo la *Verfassung*<sup>21</sup>.

Le argomentazioni di Schmitt avevano colto nel segno. Quando in quella fatidica estate del 1932 il gabinetto von Papen si trovò a difendere il suo operato davanti alla Corte Suprema per aver commissariato le istituzioni politiche prussiane e imposto la legge marziale, Schmitt, assieme a due eminenti figure di giuristi come Carl Bilfinger ed Erwin Jacobi, fu chiamato dal governo del *Reich* a tutelare le proprie ragioni: un riconoscimento che attesta al di là di ogni ragionevole dubbio il credito e la fiducia di cui Schmitt godeva negli ambienti governativi<sup>22</sup>. Il colpo di mano di von Papen – per i suoi avversari si trattò di un vero e proprio colpo di stato – si fondava su una interpretazione piuttosto ‘radicale’ del primo comma dell’art. 48 della costituzione weimariana. Una mossa che sembrava quasi ispirata alle tesi di Schmitt, nel momento in cui il governo decideva di sospendere una porzione significativa del dettato costituzionale – quella relativa all’autonomia del *Land* prussiano –, al fine di salvaguardarne il nucleo fondamentale. L’obiettivo di von Papen, infatti, era quello di

---

<sup>20</sup> Ivi, p. 238. Per un sintetico ma esaustivo inquadramento delle critiche di Schmitt cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., pp. 99-104.

<sup>21</sup> Per altro sulle pagine del filogovernativo *Die Tägliche Rundschau*, Schmitt aveva fatto esplicito riferimento ai forti rischi per la tenuta della Costituzione nel caso di maggioranza assoluta del *NSDAP*, cfr. C. Schmitt, “Der Mißbrauch der Legalität”, *Die Tägliche Rundschau*, 19 luglio 1932. L’articolo era in sostanza un’anticipazione di *Legalität und Legitimität*. In merito cfr. la ricostruzione contenuta in J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 191-192.

<sup>22</sup> Tra Schmitt e Jacobi – destinato di lì a poco a dover abbandonare l’Università di Lipsia a causa dei provvedimenti antisemiti voluti da Hitler – vi era una forte comunanza di vedute fin dalla metà degli anni Venti, sigillata dalla pubblicazione di C. Schmitt, E. Jacobi, “Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1 (1924), rispettivamente p. 63 ss. e p. 105 ss.: si trattava del testo dei loro interventi al congresso dei costituzionalisti tedeschi tenutosi a Jena nel 1924. In merito si veda J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 105-106. Bilfinger, invece, aderì al nazismo ricoprendo importanti incarichi accademici. All’indomani dell’ultimo conflitto mondiale fu nominato direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. I rapporti tra Schmitt e Bilfinger sono complessi: Ernst Fraenkel – uno tra i più lucidi politologi e giuristi di ispirazione socialdemocratica della sua generazione – ha suggerito che Bilfinger sia stato strumentale nell’avvicinare Schmitt alle tematiche giusinternazionalistiche, cfr. E. Fraenkel, *The Dual State: A Contribution to the Theory Of Dictatorship*, Clark (N. J.), Lawbook Exchange, 2010 – ma l’edizione originale è New York, Oxford University Press, 1941 –; trad. it. *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983. Per altro la valutazione di Fraenkel sulla crisi del regime aveva diversi punti di contatto con l’analisi di Schmitt, cfr. E. Fraenkel, “Verfassungsreform und Sozialdemokratie”, *Die Gesellschaft*, 9 (1932), pp. 20-35. Preziose indicazioni bibliografiche su Fraenkel, relative anche ai suoi rapporti con Schmitt, sono in C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 721-723.





stabilizzare la situazione interna prussiana, impedendo così che i torbidi di piazza avvantaggiassero il *Kommunistische Arbeiterpartei Deutschlands*, ma soprattutto il *NSDAP*.

Come noto la sentenza della Corte Suprema dell'ottobre 1933 fu tutt'altro che risolutiva: il governo federale nel caso specifico aveva agito in maniera incostituzionale, ma non c'era dubbio che ex art. 48 avesse la facoltà di nominare un commissario straordinario per amministrare un *Land*. Gopal Balakrishnan ha rilevato che in ogni caso “the trial provided the opportunity for Schmitt to establish himself as the foremost constitutional legal scholar in the country”<sup>23</sup>. Se il prestigio personale fu notevole, altrettanto furono le polemiche: agli occhi degli intellettuali di estrazione liberale e socialdemocratica, Schmitt rappresentava il volto colto e raziocinante della reazione, il sinistro pronubo di un regime autoritario destinato a spazzare via ogni garanzia costituzionale<sup>24</sup>. In un clima politico esacerbato, in una Germania alla soglia della guerra civile, fu ritenuto che la sua analisi – in realtà Schmitt si guarderà bene anche solo dall'abbozzare un programma politico – fosse rivolta ad annichilire il già fioco regime weimariano, piuttosto che a corroborarne la stabilità<sup>25</sup>. E certo ad alimentare questo stigma contribuì il fatto che le tesi di Schmitt furono ampiamente apprezzate da quella porzione della cultura tedesca che sempre più si stava avvicinando al movimento hitleriano<sup>26</sup>.

*Nemo propheta in patria?* Nel tramonto di Weimar le riflessioni di Schmitt appaiono la lucida diagnosi di una patologia inevitabilmente funesta. La controversia tra Prussia e *Reich* aveva messo in ginocchio il gabinetto von Papen. In una situazione sempre più febbrile, il cancellierato fu affidato al generale Schleicher, il grande protettore di Schmitt. Ci si può legittimamente interrogare sul ruolo di Schmitt durante le poche settimane di questo esecutivo. Certo è che quando Schleicher, invocando un *pouvoir neutre* in grado di pacificare la società tedesca, prospettò la necessità di misure del tutto eccezionali per salvaguardare il *Reich* – lo scioglimento del Parlamento, la messa a bando del partito nazionalsocialista e di quello comunista, la costituzione di un governo di emergenza – doveva aver ben presenti le tesi di Schmitt<sup>27</sup>.

La netta opposizione di un Hindenburg ormai sempre più senescente ebbe come logica conseguenza le dimissioni di Schleicher. A sostituirlo fu chiamato Hitler:

---

<sup>23</sup> Cfr. G. Balakrishnan, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, London-New York, Verso, 2000, p. 169.

<sup>24</sup> Sulle critiche a Schmitt e sulla loro diversa provenienza cfr. per tutti J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 203-208.

<sup>25</sup> Un fraintendimento destinato a durare, si veda per tutti C. Koonz, *The Nazi Conscience*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2003, p. 58. Già Leo Strauss, discutendo *Der Begriff des Politischen*, aveva colto il senso autentico dell'opzione schmittiana.

<sup>26</sup> Esemplare, in tal senso il volume curato da uno dei protagonisti della Rivoluzione conservatrice, Albrecht Erich Günther che, come ha ricordato Joseph Bendersky, era ricco di riferimenti alle teorie schmittiane: cfr. A. E. Günther (a cura di), *Was wir vom Nationalsozialismus erwarten. Zwanzig Antworten*, Heilbronn, 1932 su cui J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 205 e più in generale sui rapporti tra Schmitt e la galassia conservatrice pp. 167-179. Carlo Galli ha rimarcato che l'interesse di Günther per Schmitt era in primo luogo legato alla dimensione teologico-politica, cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 407-408.

<sup>27</sup> Ancora una volta risulta difficile prescindere dalla ricostruzione contenuta in J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 209-225. Si veda anche S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit. ove bibl. aggiornata.



Weimar si era suicidata e a Schmitt non restava che constatarne il decesso con la freddezza dell'anatomo-patologo. Come ha rilevato Bendersky il regime hitleriano si era affermato non grazie all'art. 48, "ma proprio perché questo articolo non fu usato contro di lui"<sup>28</sup>.

La spregiudicatezza politica del nuovo Cancelliere confermò i timori di Schmitt: il progressivo esautoramento delle prerogative del *Reichstag* a colpi di decreti di emergenza ex art. 48 della costituzione, un controllo sempre più stretto sugli organi di stampa e sull'apparato di polizia, infine – all'indomani delle elezioni del 5 marzo 1933 che avevano confermato il *NSDAP* come partito di maggioranza – la messa al bando dei partiti comunisti e il conferimento dei pieni poteri al Cancelliere ai sensi dell'art. 76, rappresentavano le crepe che annunciavano il crollo del regime costituzionale weimariano. La svolta per Schmitt si consumò nella primavera del 1933. Commentando il *Gesetz zur Behebung der Not und Volk* del 24 marzo, Schmitt rilevava con lucidità che quello che si era compiuto, a tutti gli effetti, era una vera e propria rivoluzione<sup>29</sup>. Quale era allora il suo ruolo all'interno del nuovo apparato giuridico e politico che Hitler stava meticolosamente predisponendo?

Il giurista non ha gli strumenti per sondare gli abissi del cuore umano. Le sue conoscenze si arrestano ad un livello molto superficiale: alla volontà che viene manifestata, a quel determinato comportamento cui si attribuisce un valore conclusente. Tutt'al più può desumere una certa disposizione psichica dalle modalità con cui si è realizzata una condotta, ma nulla di più. Per comprendere invece cosa si agitasse nell'animo di Schmitt in quel primo spicchio del '33 occorre l'introspezione analitica dello psicologo, o forse la penna dello scrittore. Il rapido avvicinamento di Schmitt al *NSDAP* può infatti avere caratterizzazioni diverse: l'opportunismo, l'ambizione personale, perfino la paura possono essere fattori in grado di spiegare questa svolta. È però necessario non sottostimare il suo marcato realismo politico, forse il tratto più autentico del suo profilo intellettuale: in tutta la produzione schmittiana si avverte la persistente volontà di dialogare con il potere, l'aspirazione ad agire da 'consigliere del principe' in virtù della propria *auctoritas* intellettuale. E questo secondo uno 'stile', un indirizzo di pensiero che, se ha avuto il proprio precursore in Machiavelli, a tutt'oggi viene devotamente praticato in porzioni piuttosto consistenti della scienza politica<sup>30</sup>. D'altra parte, come ha fatto rilevare Bendersky, questa particolare disposizione intellettuale si saldava perfettamente alla componente hobbesiana del suo pensiero. Un

---

28 Si veda J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 222-223. In questo senso non mi pare convincente la lettura di coloro, come Franz Neumann, che hanno fatto di Schmitt l'araldo di questo cambiamento di regime: cfr. F. Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, Oxford, Oxford University Press, 1942; trad. it. *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Torino, Bruno Mondadori, 2007, pp. 56-60.

29 Cfr. C. Schmitt, "Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich", *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38 (1933), pp. 455-58.

<sup>30</sup> In proposito, le riflessioni di Stanley Hoffmann e di Hedley Bull hanno acquisito lo status di classici. Si veda rispettivamente S. Hoffmann, "An American Social Science: International Relations", *Daedalus*, CVI (1977), 3, poi in id., *Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Politics*, Boulder (Co.), Westview Press, 1984, pp. 3-24 e H. Bull, "International Theory: The Case for a Classical Approach", *World Politics*, XVIII (1966), 3, pp. 361-377, più volte riedito. Sullo Schmitt lettore di Machiavelli si veda per tutti C. Galli, "Schmitt e Machiavelli", *Filosofia politica*, 2005, 1, pp. 123-140 poi in Id., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 83-106 ove ampia bibliografia.



Hobbes preso assolutamente ‘sul serio’, per cui la resistenza al potere risultava un’ipotesi del tutto estrema, e ogni alternativa rischiava di slittare nell’anarchia, nel ferino stato di natura<sup>31</sup>. L’ipotesi meno convincente per spiegare la repentina svolta di Schmitt, quella che può essere ragionevolmente messa in dubbio, è relativa ad una sua improvvisa folgorazione per il nazionalsocialismo: “nonostante tutto” – le parole di Bendersky sono un epitaffio mancato sulla lapide della tomba di Schmitt – “non si convertì però mai ideologicamente al nazismo”<sup>32</sup>.

4. La tessera 2.098.860 del *NSDAP* rilasciata il 1 maggio 1933 e intestata a Carl Schmitt, dunque, sigillava un percorso tutt’altro che lineare<sup>33</sup>. D’altra parte i primi mesi di militanza nel partito, se non idilliaci, all’apparenza furono quanto meno ricchi di soddisfazioni personali. Già ai primi di aprile del 1933, grazie ai buoni uffici di Popitz, Schmitt era stato nominato membro del Consiglio di Stato della Prussia, una carica priva di alcun reale potere – nonostante le illusorie aspettative di molti dei consiglieri, tra cui ovviamente gli stessi Popitz e Schmitt – ma indubbiamente di rilievo. E poi c’erano state la cattedra di diritto costituzionale a Berlino – “la nomina più prestigiosa di tutta la sua carriera”<sup>34</sup> –, la associazione alla *Akademie für Deutsches Recht* presieduta da Hans Frank, il coordinamento dei docenti universitari iscritti alla *Nationalsozialistische Rechtswahrerbund*, la Lega dei giuristi nazionalsocialisti, e infine – ma siamo già nel 1934 – la direzione della prestigiosa *Deutsche Juristen-Zeitung*.

È anche il tempo di alcuni dei lavori più ‘militanti’, il momento in cui “cullando il sogno di un’affermazione personale fino a quel momento inimmaginabile”, ha notato ancora recentemente Stefano Pietropaoli, “Schmitt tenta di rendere compatibili le sue teorie con la dottrina nazionalsocialista”<sup>35</sup>. Saggi come *Staat, Bewegung, Volk*, e *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* o, ancora, la terza edizione di *Der Begriff des Politischen* appartengono a questo periodo<sup>36</sup>. Si tratta di testi depurati da ogni riferimento agli autori sgraditi al regime, in cui si avverte un forte *self-restraint* e,

---

<sup>31</sup> Non è un caso che proprio in questi anni travagliati verrà dato alle stampe C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938; trad. it. “Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico”, in Id., *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 61-143.

<sup>32</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 247.

<sup>33</sup> Bendersky ha scritto che l’adesione di Schmitt fu sollecitata da Heidegger in una lettera datata 22 aprile 1933: cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 242. Una annotazione destinata ad essere più volte recuperata in letteratura, si veda ad esempio V. Farías, *Heidegger e il nazismo*, cit., p. 144. In realtà, come ha segnalato Faye, l’unica lettera di Heidegger presente nel *Nachlaß Schmitt* è datata 22 agosto 1933, ovvero successivamente all’iscrizione di Schmitt al *NSDAP*. Nella corrispondenza – invero piuttosto concisa – Heidegger, dopo averlo ringraziato per aver ricevuto la terza edizione di *Der Begriff des Politischen*, invitava Schmitt a collaborare per rifondare gli studi giuridici nelle università tedesche. Cfr. E. Faye, *Heidegger*, cit., pp. 234-235 ove il testo della lettera e utili riferimenti alle sue diverse edizioni. L’affermazione di Bendersky vacilla anche alla luce del progressivo delle tessere *NSDAP*: se quella intestata a Schmitt era la numero 2.098.860, la tessera di Heidegger riportava una cifra ben più alta, 3.152.894. Da ciò si può ragionevolmente desumere che l’iscrizione di Schmitt sia anteriore.

<sup>34</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 245.

<sup>35</sup> Cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., p. 105.

<sup>36</sup> Cfr. C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935; trad. it. “Stato, movimento, popolo”, in Id. *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, Neri Pozza, 2005, pp. 255-312.



al contempo, la volontà di fare proprio il lessico nazista, di interloquire con i nuovi detentori del potere, di soddisfare le loro aspettative. È proprio in questo quadro che si collocano i primi riferimenti antisemiti, laddove determinati passaggi assumono coloriture razziali<sup>37</sup>. Certo, siamo ben lontani dalla delirante dommatica nazista: la matrice va piuttosto ricercata in certi anfratti della cultura tedesca, in quelle doline che, a partire per lo meno da Lutero, solcano in maniera spesso inaspettata la sua superficie<sup>38</sup>. Schmitt resta alieno dalla retorica della purezza di sangue, dal determinismo biologico, dal mito della *Herrenrasse*. Tanto più che la moglie Duska Todorović, essendo di origini serbe, si sarebbe collocata ad un livello infimo della gerarchia razziale teorizzata nel *Mein Kampf*. D'altra parte sarebbe vano cercare di sovrapporre la nozione hitleriana di *Lebensraum* con quella schmittiana di *Grossraum*, che proprio alla metà degli anni Trenta inizia in maniera embrionale a prendere forma e che sarà compiutamente descritta nell'*opus magnum* di Schmitt, *Der Nomos der Erde*<sup>39</sup>. Eppure, senza voler approfondire un tema di notevole complessità, questi tratti antisemiti – la cui rilevanza con tutta probabilità fu sottostimata dallo stesso Schmitt – macchiano in maniera indelebile la sua vicenda intellettuale e umana.

In questo primo squarcio di regime, Schmitt cercò dunque di farsi notare per il suo attivismo e per la sua affidabilità. Un'aspirazione ben presto destinata ad essere frustrata dalla freddezza dei vertici del *NSDAP* e dalla malevolenza degli intellettuali 'militanti'. Una ostilità, del resto, che appare perfino scontata. Occorre infatti ridimensionare il contributo di Schmitt alla fondazione della giurisprudenza nazionalsocialista. Se si rileggono i suoi contributi *sine ira ac studio*, se si fa la tara degli omaggi – certamente odiosi – al nuovo regime, non si può fare a meno di rilevare una netta continuità con la sua produzione precedente. Una permanenza che non si giustifica certo alla luce di uno Schmitt 'protonazista', ipotesi da scartare recisamente. Piuttosto la coerenza della sua produzione scientifica trova ben altre giustificazioni: la volontà di restare fedele all'impianto conservatore della sua dottrina, il tentativo di 'addomesticare' il regime contenendone la spinta rivoluzionaria ed eversiva, l'intima consapevolezza della sua superiorità culturale rispetto agli intellettuali più organici al *NSDAP*. In questo senso *Staat, Bewegung, Volk*, considerato da molti il frutto più autentico della conversione di Schmitt al nazionalsocialismo, come ha fatto rilevare Portinaro, in realtà "non è altro

---

<sup>37</sup> Già George Schwab aveva sottolineato che anteriormente al 1933, non c'è traccia di antisemitismo nelle pagine di Schmitt, cfr. G. Schwab, *The Challenge of the Exception*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974; trad. it. *La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 197. Più problematica la lettura contenuta in R. Gross, *Carl Schmitt und die Juden - Eine deutsche Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, di cui ho consultato la traduzione in lingua inglese *Carl Schmitt and the Jews The 'Jewish Question', the Holocaust, and German Legal Theory*, Madison (WI), University of Wisconsin Press, 2007. Per un sintetico ma esaustivo inquadramento del dibattito si veda S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., pp. 108-109.

<sup>38</sup> Il riferimento è ovviamente a *Von den Juden und Ihren Lügen* che, scritto nel 1544 da un Lutero ormai prossimo alla morte, è senza dubbio la più acre tra le sue opere che contengono riferimenti antisemiti. Il testo, tra l'altro, ha avuto anche una recente edizione italiana curata da Adelisa Malena, M. Lutero, *Degli ebrei e delle loro menzogne*, Torino, Einaudi, 2008.

<sup>39</sup> Sul tema mi sia permesso rinviare al mio F. Ruschi, *El Nomos del mar. Espacio, derecho y hegemonía en Carl Schmitt*, Buenos Aires, AD-HOC, 2012.





che la riformulazione ed esplicitazione, in termini più congeniali all'ideologia della dittatura di Hitler, delle idee di fondo della dottrina dello Stato totale forte<sup>40</sup>.

Questo, d'altra parte, fu anche il motivo dello scarso successo delle idee di Schmitt negli ambienti nazionalsocialisti, un disinteresse che tra i guardiani dell'ortodossia del regime non tardò a trasformarsi in vero e proprio sospetto<sup>41</sup>. Sempre a proposito di *Staat, Bewegung, Volk*, fu Otto Koellreutter a denunciare la matrice hegeliana – e dunque conservatrice – del pensiero di Schmitt, il suo carattere *unvölkisch*, l'assenza di riferimenti alla dimensione biologica<sup>42</sup>. La tripartizione tra stato, movimento e popolo proposta da Schmitt, poi, cozzava con la dottrina nazionalsocialista per cui invece era il popolo – inteso come comunità organica sul piano culturale e razziale – il supremo principio di razionalità politica, l'unica forza costituente<sup>43</sup>.

Una prima avvisaglia della precarietà della situazione di Schmitt si ebbe proprio all'indomani della 'Notte dei lunghi coltelli'. La sua posizione era delicata dal momento che era stato uno dei collaboratori dell'ex-cancelliere Schleicher, certamente la vittima più prestigiosa della sanguinosa epurazione nazista. Non solo, negli ambienti vicini ad Himmler si sussurrava che Schmitt avesse rapporti sospetti con i circoli militari più diffidenti nei confronti del NSDAP<sup>44</sup>. Come ricorda Bendersky, Schmitt “pensò

---

<sup>40</sup> Cfr. P. P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Comunità, 1982, p. 145 oltre a C. Schmitt, “Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica”, in Id., *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 255-312.

<sup>41</sup> Sulla spregiudicatezza con cui l'apparato nazista si servì di Schmitt, si veda per tutti J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 250-251.

<sup>42</sup> In merito si veda O. Koellreutter, *Der deutsche Führerstaat*, Tübingen, Mohr, 1934. Sugli attacchi di Koellreutter a Schmitt, cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 261-263. Per inquadrare i termini del dibattito si veda P. Costa, “Lo stato di diritto: un'introduzione storica”, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 143-151, ove ampia bibliografia. Su Koellreutter si veda quanto meno J. Schmidt, *Otto Koellreutter, 1883-1972: sein Leben, sein Werk, seine Zeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994. Sul complesso rapporto di Schmitt con i giuristi tedeschi del secolo precedente cfr. M. Fioravanti, “Kelsen, Schmitt, e la tradizione giuridica dell'Ottocento”, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 51-103. Sul rapporto tra stato e popolo in Schmitt, cfr. G. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 139-224.

<sup>43</sup> Per un rapido inquadramento delle teorie nazionalsocialiste può essere utile ancora una volta fare riferimento a J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 261-262.

<sup>44</sup> In merito si veda J. Freund, “Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt”, *Nouvelle École*, 19 (1987), 44; trad. it. “Le linee chiave del pensiero politico di Carl Schmitt”, *Futuro-Presente*, 3 (1993), 2, pp. 7-26 poi in Id., *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, Napoli, Guida, 2008, pp. 195-234 e in particolare p. 221. Ancora nel gennaio 1935 si rincorrevano le voci di colloqui riservati tra Schmitt e l'influente generale Werner von Fritsch, a capo dell'*Oberkommando des Heeres*, che da entusiasta sostenitore era divenuto sempre più critico del regime e, in particolare, dello strapotere delle SS. La verità era che Schmitt si era limitato a restare in contatto con il colonnello Erich Marcks, suo intimo amico e uno dei collaboratori più stretti di Schleicher. In tal senso cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 199-200 e J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 253. In merito all'ipotesi piuttosto fantasiosa di uno Schmitt consulente giuridico di un *putsch* militare cfr. anche C. Galli, *Genealogia del politica*, cit., p. 902. Fritsch fu costretto a rassegnare le dimissioni nel 1938 e rimase ucciso l'anno successivo sul fronte polacco, in circostanze mai del tutto chiarite. Marcks, uno degli ufficiali più brillanti della sua generazione, fu destinato ad incarichi operativi. Dichiaratamente critico del regime, dopo aver perso una gamba in Russia, cadrà in combattimento in Normandia nel giugno 1944. Sul delicato ruolo politico svolto da questi due ufficiali – e più in generale sul peso dell'esercito nelle vicende tedesche tra le due Guerre Mondiali – si veda l'ormai classico J. W. Wheeler-





veramente di essere in pericolo, e per il resto della vita fu convinto che a salvarlo fu solo l'intervento di Göring che dirigeva le epurazioni a Berlino”<sup>45</sup>.

*Der Führer schützt das Recht* fu il prezzo pagato da Schmitt per la propria incolumità personale, non meno che per conservare la sua posizione apicale nella giurisprudenza tedesca<sup>46</sup>. “Si tratta del testo di Schmitt”, ha osservato un lettore attento come Antonio Caracciolo, “più compromesso con il regime”<sup>47</sup>. *Der Führer schützt das Recht*, in sostanza, era una sorta di parere legale – redatto, invero, in maniera piuttosto frettolosa e senza la consueta lucidità analitica ed eleganza stilistica – in cui Schmitt si sforzava di dimostrare la correttezza dell'operato del *Führer* durante le drammatiche giornate a cavallo tra la fine di giugno e i primi di luglio 1934<sup>48</sup>. Un articolo – si può ipotizzare – se non commissionato, quanto meno atteso dai vertici del partito, in difficoltà per l'offensiva mediatica proveniente dalla stampa estera indignata per i fatti di sangue, ma anche per il decreto del 3 luglio con cui Hitler aveva giustificato la legalità della strage come misura di autodifesa dello stato.

Le tesi di Schmitt, a prima vista, appaiono perfino grossolane. “Il Führer”, si legge in quello che in effetti è poco più che un *pamphlet*, “protegge il diritto dal peggiore abuso, quando nell'istante del pericolo in virtù della sua dittatura crea il diritto in qualità di giudice supremo”<sup>49</sup>. Il dittatore, dunque, plasmava la giustizia, discriminando in maniera netta tra amico e nemico. Solo il suo intervento consentiva di colmare il vuoto che separava ‘il diritto legale’ da quello ‘materiale’, garantendo coerenza interna alla società e preservando l'unità dello stato. In questa prospettiva lo scritto di Schmitt aveva l'apoditticità di un comunicato di partito: evidentemente il suo autore era più interessato a garantirsi il favore di Hitler, che non a fornire una difesa davvero efficace dell'operato del *Führer*.

Se però si analizza il contributo schmittiano in controtuce, il testo si arricchisce di significati tutt'altro che scontati e si apre a diverse possibili letture. Schmitt, in effetti, non aveva avuto alcuna difficoltà a riconoscere che l'azione di Hitler contro i vertici delle SA era assolutamente giustificata: si trattava di criminali che avevano attentato contro il regime e il *Führer* aveva agito nella pienezza dei poteri che la situazione di

---

Bennett, *The Nemesis of Power: The German Army in Politics, 1918-1945*, London, Macmillan, 1954; trad. it. *La nemesi del potere. Storia dell'esercito tedesco dal 1918 al 1945*, Milano, Feltrinelli, 1957. Si veda poi più sinteticamente C. Jahr, “La ‘Reichswehr’ come agente politico nella Repubblica di Weimar”, cit. Il fatto che Fritsch già nei primi mesi del 1934 avesse rapporti con gli oppositori del regime, e in particolare con Jung, è attestato in L. E. Jones, “Edgar Julius Jung: The Conservative Revolution in Theory and Practice”, cit., p. 169.

<sup>45</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 253.

<sup>46</sup> Cfr. C. Schmitt, “Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13 Juli 1934”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39 (1934), 15, pp. 945-50, poi in Id., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles, 1923-1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; trad. it. “Il Führer protegge il diritto”, in Id., *Posizione e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 326-335.

<sup>47</sup> Cfr. A. Caracciolo, “Presentazione”, in C. Schmitt, *Posizione e concetti*, cit., pp. v-xxxi e in particolare p. xxiv.

<sup>48</sup> Circa le deficienze del testo cfr. per tutti D. Vagts, “Carl Schmitt's Ultimate Emergency: The Night of the Long Knives”, *The Germanic Review*, 87 (2012), 2, pp. 203-209 e in particolare p. 205, si tratta della premessa di Vagts alla traduzione in lingua inglese di “Der Führer schützt das Recht”.

<sup>49</sup> Cfr. C. Schmitt, “Il Führer protegge il diritto”, cit., p. 329.



emergenza metteva a disposizione<sup>50</sup>. Del resto le SA rappresentavano quella componente rivoluzionaria del nazionalsocialismo che negli anni precedenti Schmitt più aveva avversato. In questo senso l'eliminazione di personaggi pericolosi come Röhm e Stasser costituiva una sorta di processo di palingenesi istituzionale, con cui il *Reich* si depurava di ogni tossina sediziosa. Ora, però, come Hitler aveva ammesso pubblicamente, erano stati commessi degli abusi. Illeciti che lui stesso aveva promesso di perseguire in un accalorato discorso al *Reichstag* il 13 luglio. Si trattava di “azioni speciali” che, prive di ogni possibile autorizzazione, costituivano “un’ingiustizia tanto più grave quanto più alto e puro è il diritto del Führer”<sup>51</sup>. A cosa alludesse Schmitt, quali fossero le vittime che avevano imbrattato con il loro sangue la purezza della giustizia nazionalsocialista, è facilmente comprensibile. Le parole pronunciate al *Reichstag* erano state prese sul serio e Schmitt, con logica stringente di giurista, chiedeva che fosse dato seguito a queste dichiarazioni: se la strage delle SA era stato un atto legittimo perché fondato sul principio generale per cui *necessitas non habet legem*, l'assassinio di Schleicher non poteva trovare alcuna giustificazione di questo tipo e, pertanto, doveva essere perseguito con gli strumenti che l'ordinamento metteva a disposizione. E chi erano gli autori di queste criminali “azioni speciali”, se non le SS di Himmler? E d'altra parte, nel medesimo discorso al *Reichstag*, Hitler aveva frettolosamente accennato al fatto che nel lungo elenco dei condannati a morte c'erano anche tre appartenenti a questo corpo di sicurezza, “colpevoli di vessazioni nei confronti dei prigionieri”<sup>52</sup>: non era questa una implicita allusione alla colpevolezza delle SS?

Certo questa interpretazione di *Der Führer schützt das Recht* poggia sul non-detto, su di un piano discorsivo, per così dire, implicito al testo. D'altra parte sarebbe difficile attendersi qualcosa di più da Schmitt, visto il contesto politico e la sua situazione personale: un contesto sempre più soffocante e una situazione personale sempre meno garantita. Se questa lettura del testo di Schmitt può essere accettata, il suo resta un appello alla legalità – per quanto discutibile, vista la particolare coloritura ideologica – contro ogni comportamento eversivo, tanto più se proveniente dall'interno del *NSDAP*. Si tratta di una interpretazione delle vicende umane e intellettuali di Schmitt certamente *in bonam partem*, che si fonda però su una serie di elementi concreti e che in letteratura, seppure con sfumature differenti, trova un buon numero di sostenitori – da Schwab a Bendersky, a Caracciolo e, da ultimo, a Pietropaoli<sup>53</sup>. D'altra parte, per quanto parziale,

---

<sup>50</sup> Schmitt – e non era il solo in Germania – era sinceramente convinto che le SA stessero preparando un *putsch*, cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 190. Per altro l'azione di Hitler, come noto, rispondeva ai *desiderata* degli ambienti militari, ed in particolare del Ministro della Difesa Werner von Blomberg, che aveva minacciato di far intervenire direttamente la *Reichswehr* se Hitler non avesse preso provvedimenti contro le SA. Si trattava di quei medesimi ambienti cui Schmitt guardava con simpatia, si veda per tutti G. Balakrishnan, *The Enemy*, cit., pp. 201-202.

<sup>51</sup> Cfr. C. Schmitt, “Il Führer protegge il diritto”, cit., p. 332.

<sup>52</sup> Faccio riferimento alla edizione parziale del discorso di Hitler contenuta in M. Gallo, *La Nuit des Longs Couteaux*, Paris, Robert Laffont, 1970; trad. it. *La notte dei lunghi coltelli*, Milano, Mondadori, 1999, pp. 359-367 e in particolare pp. 366-367.

<sup>53</sup> Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 188-192, nonché J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 251-257 e A. Caracciolo, “Presentazione”, in C. Schmitt, *Posizione e concetti*, cit., xxiv-xxvi. Infine cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., pp. 106-107. È interessante notare che Schmitt stesso ha indirettamente avvalorato questa lettura nell'intervista rilasciata a Fulco Lanchester e pubblicata prima in F. Lanchester, “Un giurista davanti a sé stesso, intervista a Carl



sul piano storiografico non può essere ritenuta irrilevante la testimonianza di Günter Krauss – che da allievo di Schmitt gli fu particolarmente vicino alla metà degli anni Trenta –, secondo cui proprio *Der Führer schützt das Recht* ha rappresentato una presa di posizione molto netta circa l'opportunità di revocare lo stato di emergenza e la necessità di punire i colpevoli delle azioni delittuose. Ed è stato sempre Krauss a notare che, così facendo, Schmitt si spingeva ben al di là dello spazio che il regime aveva inteso assegnargli: una puntata offensiva che i suoi avversari non tarderanno a rintuzzare<sup>54</sup>.

D'altra parte l'appello di Schmitt era tutt'altro che ingenuo. Hitler avrebbe potuto scindere senza particolari difficoltà la propria responsabilità da quella degli esecutori materiali degli assassini, ordinarne l'arresto, per poi presentarsi all'opinione pubblica al riparo da ogni sospetto, secondo un *modus operandi* già sperimentato con successo da Mussolini all'indomani dell'assassinio di Giacomo Matteotti<sup>55</sup>: si può dunque ipotizzare che *Der Führer schützt das Recht* abbia causato un certo malumore, per usare un eufemismo, nei corridoi del numero 8 di Prinz-Albrecht-Strasse, sede della Gestapo, cui andavano imputati molti degli omicidi degli oppositori.

In realtà è probabile che Schmitt ignorasse, o comunque sottostimasse, le responsabilità dei vertici del partito e dello stesso Hitler nella strage. Al contrario queste erano molteplici e diffuse: anche Hermann Göring, cui Schmitt era legato, aveva preso parte attiva nelle vicende della *Nacht der langen Messer*. Le possibilità che il *Führer* prendesse sul serio l'appello di Schmitt erano davvero scarse: il fatto che il 20 luglio 1934 Hitler avesse definitivamente sancito l'indipendenza delle *SS* – fino ad allora una branca delle *SA* – era al tempo stesso un riconoscimento dell'affidabilità di Himmler, che fu infatti confermato *Reichsführer-SS*, e un severo monito agli avversari.

5. La morte del *Reichspräsident* Hindenburg, il 2 agosto 1934 – il giorno appena successivo la pubblicazione di *Der Führer schützt das Recht* –, e il fatto che Hitler si fosse rapidamente assicurato la fedeltà delle forze armate, sigillata dal *Führer-Eid* cui era tenuto ogni militare a partire dal Ministro von Blomberg, furono i fattori che determinarono la definitiva affermazione del regime nazista. Schmitt non aveva avuto particolare fortuna nei suoi sforzi per accreditarsi con il nuovo padrone. Anzi a dirla tutta, come si è visto, non erano mancati dei *faux passes*. Da questo momento, però, Schmitt sarà costretto sempre più a giocare sulla difensiva.

La sua apparente fortuna presso gli ambienti nazisti – una fortuna tutt'altro che scontata alla luce dei suoi trascorsi politici di poco antecedenti – non era sfuggita agli avversari del regime. Fu Waldemar Gurian a coniare per lui la squalificante etichetta di *Kronjurist*, una malevola investitura destinata ad imperituro successo<sup>56</sup>. Dalla Svizzera

---

Schmitt", *Quaderni costituzionali*, (1983), 1, pp. 5-34, poi in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 151-183 e in particolare p. 160.

<sup>54</sup> Cfr. G. Krauss, "I miei ricordi di Carl Schmitt", *Behemoth. Trimestrale di cultura politica*, 4 (1988), 1, p. 11-15.

<sup>55</sup> In questo senso si veda anche A. Caracciolo, "Presentazione", in C. Schmitt, *Posizione e concetti*, cit., p. xxv.

<sup>56</sup> Gurian era nato in Russia da una famiglia ebrea. Trasferitosi in Germania, in giovane età si era convertito al Cattolicesimo collaborando assieme a Schmitt sulle colonne di *Hochland* e di *Kölnische Volkszeitung*. Su Gurian si veda H. Hürten, *Waldemar Gurian: ein Zeuge der Krise unserer Welt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*, Mainz, Matthias-Grünwald-Verlag, 1972, nonché il commosso



ove era stato costretto a rifugiarsi Gurian, un tempo intimo di Schmitt e suo stretto collaboratore, aveva scatenato una vera e propria offensiva contro di lui sui fogli della resistenza antinazista<sup>57</sup>. Ricordando i suoi passati legami con intellettuali ebraici, il suo interesse per il pensiero marxiano, la sua freddezza verso le teorie razziali e soprattutto la sua forte matrice cattolica, Gurian aveva avuto buon gioco nel tacciare Schmitt di opportunismo.

Fu Koellreutter a preoccuparsi di diffondere negli ambienti del *NSDAP* gli articoli di Gurian e già nell'autunno del 1934 circolavano voci delle prossime dimissioni di Schmitt da ogni carica istituzionale<sup>58</sup>. Uno zelo del tutto fuori luogo, dal momento che questi testi avevano immediatamente catalizzato l'attenzione del *Sicherheitsdienst*<sup>59</sup>. La situazione personale di Schmitt iniziava a farsi davvero delicata: godeva della protezione dell'influente Hans Frank, è indubbio, ma al tempo stesso occorre conferme della sua fedeltà al regime. Tra il 1934 e il 1936 Schmitt scrisse numerosi articoli – nessuno dei quali memorabile – per celebrare l'ordinamento giuridico nazionalsocialista, impegnandosi in una considerevole serie di conferenze, interventi pubblici, seminari in Germania e all'estero<sup>60</sup>. Come ha rilevato Luciano Albanese, per cercare di difendersi dagli attacchi e per dimostrare al regime la sua assoluta ortodossia, Schmitt era costretto ad assumere toni sempre più radicali, “manifestando un entusiasmo e una rigidità che sicuramente non appartenevano al suo carattere, incline piuttosto allo scetticismo”<sup>61</sup>.

Interventi come il tristemente noto *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist* si collocano proprio in questa complessa fase della vicenda umana di Schmitt<sup>62</sup>. Si tratta di un breve articolo, in origine l'intervento di chiusura all'incontro

---

ricordo della Arendt, che ebbe modo di conoscerlo negli Stati Uniti ove insegnava *Politics* alla Notre Dame University, in H. Arendt, “The Personality of Waldemar Gurian”, *The Review of Politics*, 17 (1955), 1, pp. 33-42. Il contributo si inserisce in un numero monografico della rivista dedicato a Gurian, che ne fu il fondatore. Sui suoi stretti rapporti con Schmitt e sull'influenza esercitata da quest'ultimo si veda per tutti J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 79-82.

<sup>57</sup> Gurian, pubblicando con lo pseudonimo di Paul Müller, metteva alla berlina “la sorprendente capacità di adattamento di Carl Schmitt”: cfr. Paul Müller (W. Gurian), “Entscheidung und Ordnung. Zu den Schriften von Carl Schmitt”, *Schweizerische Rundschau. Monatschrift für Geistesleben und Kultur*, 34 (1 ottobre 1934), 7, pp. 566-576; trad. it. “Schweizerische Rundschau, 1934: sugli scritti di Carl Schmitt”, *Carl Schmitt Studien*, <<http://carl-schmitt-studien.blogspot.it/2006/04/schweizerische-rundschau-1934-sugli.html>>. Gurian poi fondò la rivista di ispirazione cattolica *Deutsche Briefe* assieme a Otto Knab perseverando nei suoi attacchi a Schmitt, tra cui il fortunato Id., “Carl Schmitt. Der Kronjurist des III Reiches”, *Deutsche Briefe*, I (1934), pp. 52-54. Bendersky ha contato non meno di sei articoli pubblicati da Gurian su *Deutsche Briefe* che avevano come bersaglio Schmitt, cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 270.

<sup>58</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 265-266.

<sup>59</sup> Il fatto che furono proprio le critiche provenienti dalla resistenza antinazista a richiamare l'attenzione del *Sicherheitsdienst* è inequivocabilmente provato in G. Maschke, “L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt. Un documento del 1937”, *Behemoth*, 5 (1989), pp. 29-30 e in particolare p. 29, nonché in J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 259-273.

<sup>60</sup> Cfr. M. H. Wiegandt, “The Alleged Unaccountability of the Academic: A Biographical Sketch of Carl Schmitt”, *Cardozo Law Review*, 16 (1995), pp. 1569-1598 e in particolare p. 1588. Il numero di quaranta contributi, indicato dall'autore, appare comunque eccessivo.

<sup>61</sup> Cfr. L. Albanese, *Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 71.

<sup>62</sup> Come per altro riconosce anche Mark Lilla, in genere severo con Schmitt, cfr. M. Lilla, *The Reckless Mind. Intellectuals in Politics*, New York, New York Review of Books, 2001, trad. it. *Il genio avventato. Heidegger, Schmitt, Benjamin, Kojève, Foucault, Derrida e i tiranni moderni*, Milano, Dalai, 2010, p. 63.





annuale del *Fachgruppe Hochschullehrer der NS-Juristenbund* – il gruppo di lavoro dei docenti di diritto nazionalsocialisti – tenutosi ai primi di ottobre del 1936, in cui senza particolare originalità Schmitt invocava una cultura giuridica finalmente affrancata dalla ingombrante presenza ebraica<sup>63</sup>. Un'influenza magari impercettibile, perché oggetto di astuti camuffamenti, eppure perfettamente in grado di corrompere la purezza e la coesione della tradizione tedesca. In questo senso, scrive Schmitt, un primo decisivo passo consisteva nel riunire i contributi offerti da studiosi ebrei in appositi repertori bibliografici, oltre che nel citare le opere in maniera tale da rendere immediatamente evidente l'identità razziale dell'autore. L'intervento si concludeva con un appello al *Führer* che ancora oggi colpisce per la rozzezza: “Ribadisco sempre più la pressante necessità di leggere ogni frase del *Mein Kampf* di Adolf Hitler che riguarda la questione ebraica”<sup>64</sup>.

Al di là degli sforzi di Schmitt – la conferenza fu lontana dall'essere un successo, segnale evidente del suo progressivo isolamento<sup>65</sup>, la sua condizione era sempre più precaria: questa spasmodica quanto sciatta ricerca di accreditamento, a rischio di scadere nella piaggeria, quanto meno segnala che Schmitt era perfettamente consapevole dell'occhiuto interesse dei guardiani dell'ortodossia ideologica del *NSDAP*. Come ha segnalato Bendersky, nell'estate del 1936 Schmitt era sottoposto a vigilanza attiva: la sua corrispondenza era ispezionata, molti dei suoi collaboratori erano stati interrogati, alle sue conferenze partecipavano abitualmente informatori delle *SS*<sup>66</sup>. “È veramente doloroso”, si è rammaricato Schwab, “che un pensatore dotato di qualità non comuni, come Schmitt, si sia lasciato coinvolgere nella campagna antiebraica - specialmente nel momento in cui godeva del rispetto di molto vasti ambienti”<sup>67</sup>. La dolente angoscia di Schwab merita senza dubbio partecipazione, ma certo Schmitt in questa fase di consolidazione del regime nazionalsocialista era assai più lontano dalle

---

Il testo era stato anticipato l'anno precedente da C. Schmitt, “Die Verfassung der Freiheit”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 40 (1935), 19, pp. 1133-1135, un breve commento alle leggi di Norimberga, considerate l'atto di fondazione di un nuovo concetto di libertà fondato sull'unità spirituale del popolo tedesco. Per un rapido inquadramento cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 269.

<sup>63</sup> Il testo fu pubblicato in C. Schmitt, “Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41 (1936), 20, pp. 1193-1199, nonché negli atti dell'incontro cfr. Id., “Schlußwort”, in s. a., *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. und 4. Oktober 1936*. Band I. *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, Berlin, Deutsche Recht Verlag, s. d. (ma 1936), pp. 28-34. Agli atti contribuirono alcuni degli astri nascenti della cultura giuridica nazionalsocialista come Johann von Leers, fresco di nomina a docente di *Deutsche Rechts, Wirtschafts- und politische Geschichte auf rassischer Grundlage* presso l'Università di Jena, che nel dopoguerra diventerà ascoltato consigliere di Nasser convertendosi all'Islam. Su Leers cfr. G. L. Mosse, *The Crisis of German Ideology. Intellectual Origins of the Third Reich*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1966, trad. it. *Le origini culturali del Terzo Reich*, Milano, Il Saggiatore, 2008, pp. 107-108. Si veda poi R. Gross, *Carl Schmitt and the Jews*, cit., pp. 68-76, ove ampia bibliografia.

<sup>64</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 276-277.

<sup>65</sup> Cfr. A. Koenen, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum 'Kronjuristen des Dritten Reiches'*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, p. 709, ripreso poi anche in R. Gross, *Carl Schmitt and the Jews*, cit., p. 272. La ricostruzione di Bendersky, probabilmente, è su questo punto meno preciso del consueto, cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 276.

<sup>66</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 274.

<sup>67</sup> Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 198.





stanze del potere di quanto non lo fosse stato durante gli ultimi scampoli della repubblica weimariana.

Il tragico personaggio di Benito Cereno – il protagonista dell’omonimo racconto di Melville –, con cui Schmitt amerà successivamente identificarsi, è senza dubbio calzante per descrivere la sua situazione<sup>68</sup>. Schmitt era sempre più ostaggio degli eventi laddove, per altro, la sua eterodossia finiva per essere solo una delle concause. Sulla scia di Arendt, occorre mettere a fuoco quella combinazione di paura e ambizioni personali che fondava l’egemonia di Hitler sul *NSDAP* e sulla Germania tutta. Il titolare delle indagini relative al ‘dissidente’ Schmitt era l’allora *Sturmbannführer* delle *SS* Reinhard Höhn. Non si trattava di un anonimo burocrate del terrore: Höhn era un ambizioso docente di diritto costituzionale che doveva molto al partito per la sua precoce carriera accademica, ma anche – come lo ricorda Ingo Hueck –, “a decisive co-founder of *völkisch* constitutional legal theory”<sup>69</sup>. Nei primi anni Trenta Höhn aveva intrattenuto stretti contatti con Schmitt, subendone il fascino intellettuale<sup>70</sup>. Non appena che l’astro schmittiano iniziò ad appannarsi, Höhn fu rapido a prendere le distanze: evidentemente presagiva le opportunità che gli si sarebbero potute presentare una volta defenestrato il *Kronjurist*. E se Schmitt riteneva che la partecipazione alla conferenza sull’ebraismo dell’ottobre del 1936 avesse in qualche modo tacitato i sospetti nei suoi confronti, si sbagliava: la “battuta di caccia” al ‘giurista della Corona”, per usare l’efficace espressione di Günter Maschke, continuava senza interruzione<sup>71</sup>.

La goccia che fece traboccare il proverbiale vaso fu un articolo di Krauss pubblicato il 10 novembre 1936 sulle pagine di *Jugend und Recht*, la rivista della sezione giovanile della *Nationalsozialistische Rechtswahrerbund*. Intitolato *Zum Neubau deutscher Staatslehre*, nelle intenzioni dell’autore voleva essere una appassionata difesa dell’opera di Schmitt: i suoi studi avevano dato un fondamentale contributo alla nascita della giurisprudenza nazionalsocialista, la sua parabola intellettuale era assolutamente coerente e la sua fedeltà al regime fuori discussione. Nulla poteva essere imputato a

---

<sup>68</sup> Si veda ad esempio il dolente C. Schmitt. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991; trad. it., *Glossario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 79, annotazione relativa al 30 novembre 1947. Ernst Jünger nei suoi diari ci attesta questa autoidentificazione negli anni della guerra, cfr. E. Jünger, *Diario 1941-1945*, Milano, Longanesi, 1983, p. 44, annotazione relativa al 18 ottobre 1941. Su Schmitt lettore del *Benito Cereno* melvilliano si veda T. O. Beebee, “Carl Schmitt’s Myth of Benito Cereno”, *Seminar: A Journal of Germanic Studies*, 42 (2006), 2, pp. 114-134. Circa altri *loci* della produzione schmittiana in cui è tangibile la fascinazione esercitata da Melville mi permetto di rinviare al mio F. Ruschi, *El nomos del mar*, pp. 29-36 ove bib.

<sup>69</sup> Cfr. I. J. Hueck, “‘Spheres of Influence’ and ‘Völkisch’ Legal Thought: Reinhard Höhn’s Notion of Europe”, in C. Joerges, N. S. Ghaleigh (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003, pp. 71-85 e in particolare p. 71.

<sup>70</sup> Nel 1935 a Schmitt era stata richiesta una valutazione circa l’*Habilitation* di Höhn, che nel corso dello stesso anno scalterà Rudolf Smend dalla cattedra berlinese. Si veda J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 273 e, a proposito del suo insediamento nell’ateneo berlinese, cfr. R. Mehring, “The Decline of Theory”, in A. Jacobson, B. Schlink (a cura di), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley (Ca.), University of California Press, 2000, pp. 313-320 e in particolare p. 314. Al termine del conflitto Höhn, costretto ad abbandonare l’insegnamento universitario, fonderà una fortunata scuola di *management*, la *Akademie für Führungskräfte der Wirtschaft* di Bad Harzburg.

<sup>71</sup> Si veda G. Maschke, “L’ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 29. Secondo David Cumin, l’inchiesta del *SD* fu direttamente voluta e coordinata da Himmler in persona, cfr. D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Editions du Cerf, Paris, 2005, pp. 169-171.



Schmitt del suo passato: d'altra parte anche il *Führer* non era passato dalla Chiesa attraverso lo Stato, fino al *Reich*<sup>72</sup>?

Negli ambienti delle SS si ritenne che questo fosse l'ennesimo tentativo della preda di far perdere le proprie tracce, mimetizzandosi nel conformismo. La reazione fu immediata, anche se non è chiaro il ruolo di Höhn in questa fase della convulsa offensiva anti-schmittiana. A meno di un mese dalla pubblicazione di *Jugend und Recht*, sulle pagine di *Das Schwarze Korps* apparvero in successione due articoli che, nel criticare Schmitt, ne mettevano sarcasticamente in risalto l'ambiguità intellettuale, l'opportunismo, l'eccentricità della produzione scientifica rispetto ai dogmi della dottrina nazionalsocialista<sup>73</sup>. *Das Schwarze Korps*, inoltre, non esitava a richiamare i risalenti legami di Schmitt con intellettuali ebrei – vincoli invero tutt'altro che occulti, a partire dalla dedica della *Verfassungslehre* alla memoria dell'amico Fritz Eisler<sup>74</sup> –, per poi citare con perfidia lo stesso Schmitt, che in *Römischer Katholizismus und Politische Form* aveva scritto: “a ogni mutamento della situazione politica tutti i principi sembrano cambiare, ad eccezione di uno, il potere del cattolicesimo”<sup>75</sup>. Una citazione, quest'ultima, che aveva il valore di una epigrafe sul sepolcro delle aspirazioni del *Kronjurist*.

Il fatto che gli articoli non fossero firmati ha spinto Maschke ad ipotizzare che l'autore fosse lo stesso Gunter D'Alquen, redattore capo della rivista e destinato a diventare uno dei gangli principali della macchina propagandistica nazista<sup>76</sup>. Al di là del rilievo dell'anonimo autore, certo è che le severe censure di *Das Schwarze Korps* ebbero notevole clamore. Come ricorda Bendersky, pochi giorni dopo la pubblicazione degli articoli il politologo Gottfried Neese – uno dei massimi teorici dell'organicismo nazista – si sentì in dovere di comunicare a Schmitt che gli articoli avevano causato grande scalpore negli ambienti del partito<sup>77</sup>. Anche la burocrazia ministeriale non perse

---

<sup>72</sup> Cfr. G. Krauss, “Zum Neubau deutscher Staatslehre. Die Forschungen Carl Schmitts”, *Jugend und Recht*, 10, 1936, pp. 252-253, su cui J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 278 e G. Maschke, “L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 29.

<sup>73</sup> Si trattava di *Eine peinliche Ehrenrettung*, datato 3 dicembre 1936 e di *Es wird immer noch peinlicher*, pubblicato la settimana successiva, in merito cfr. ancora una volta J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 278 e G. Maschke, “L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 29.

<sup>74</sup> Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928; trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1928. Nel 1913 Schmitt e Eisler avevano pubblicato sotto lo pseudonimo di *Johannes Negelinus, mox doctor* un feroce volumetto di satire. Il 27 settembre dell'anno successivo Eisler cadrà in combattimento sul fronte occidentale. Su Eisler si veda la scheda biografica contenuta in C. Schmitt, *Tagebücher: Oktober 1912 bis Februar 1915*, vol. 1, Berlin, Akademie Verlag, 2005, pp. 401-402. In letteratura è stato ampiamente richiamato lo spessore del legame tra Schmitt e Eisler: da ultimo cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., pp. 26-27.

<sup>75</sup> Ho fatto riferimento alla traduzione di stralci significativi degli articoli contenuta in G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 200-203 e in particolare p. 201.

<sup>76</sup> Cfr. G. Maschke, “L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 29. Durante il nazismo *Das Schwarze Korps* era uno dei settimanali più diffusi, in merito si veda W. L. Combs, *The Voice of the SS: A History of the SS Journal 'Das Schwarze Korps'*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1986 e da ultimo M. Zeck, *Das Schwarze Korps: Geschichte und Gestalt des Organs der Reichsführung SS*, Tübingen, Niemeyer, 2002 e in particolare pp. 246-248 sul ‘caso Schmitt’. Per mettere a fuoco la figura di D'Alquen può essere utile fare riferimento a W. Augustinovic, M. Moll, “Gunter D'Alquen, Propagandist des SS-Staates”, in R. Smelser, E. Syring (a cura di), *Die SS. Elite unter dem Totenkopf. 30 Lebensläufe*, Paderborn, Schöningh, 1999, pp. 100-118.

<sup>77</sup> Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 280.



tempo, dando prova di una sollecitudine perfino sospetta: il 20 dicembre il presidente del *Reichs-Justizprüfungsamt (RJPrA)* Otto Palandt comunicò a Schmitt che era stato esonerato dal partecipare ai lavori della commissione ministeriale prevista nell'ambito di tale importante organo<sup>78</sup>.

L'ultima fase dell'attacco a Schmitt riguardò la pubblicazione di un dossier stilato nell'ambito delle comunicazioni riservate – fin dalla loro intitolazione avevano un che di sinistro: *Mitteilungen zur weltanschaulichen Lage* – dell'ufficio diretto da Alfred Rosenberg che, in qualità di *Beauftragter des Führers für die Überwachung der gesamten geistigen und weltanschaulichen Erziehung der NSDAP (DBFU)*, era uno dei massimi responsabili delle politiche culturali del partito nazionalsocialista<sup>79</sup>. Si tratta di una articolata relazione datata 8 gennaio 1937 – dal primo articolo apparso su *Schwarze Korps* era passato poco più di un mese – che, destinata agli uffici politici e sobriamente intitolata *Der Staatsrechtslehrer Prof. Dr. Carl Schmitt*, colpisce poi per la veemenza del linguaggio, tanto più sorprendente visto il contesto, e per il dettaglio con cui è ricostruito il percorso culturale di Schmitt<sup>80</sup>. Si è ipotizzato che l'estensore sia stato Matthes Ziegler, singolare figura di teologo evangelico che, entrato a far parte del *Sicherheitsdienst* – si era affermato al suo interno come esperto in questioni confessionali –, era divenuto uno dei luogotenenti di Rosenberg<sup>81</sup>. Se l'ipotesi fosse fondata, molto probabilmente Ziegler agiva da *trait d'union* tra Höhn e Rosenberg: un legame che sottintende una strategia condivisa e che restituisce all'aggressione a Schmitt tutta la sua virulenza.

Il dossier insisteva sulla matrice 'romana' del pensiero schmittiano: cosa che non deve sorprendere dal momento che Rosenberg, veemente anticattolico, riteneva il cattolicesimo ben più pericoloso dello stesso ebraismo, fino ad identificarlo nel male assoluto<sup>82</sup>. Il testo rimarcava come Schmitt avesse avuto un unico punto di riferimento durante tutta la sua carriera intellettuale: Roma. La "completa mancanza di carattere politico" dei suoi scritti era solo apparente. Sullo sfondo, infatti, restava il legame con la

---

<sup>78</sup> Si trattava dell'ufficio preposto alla regolamentazione delle professioni legali, su cui M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, Beck, 2002, pp. 341-342.

<sup>79</sup> In merito all'operato di Rosenberg e della sua *Dienststelle* si veda H. P. Rothferder, "Amt Schrifttumspflege: A Study in Literary Control", in *German Studies Review*, IV (1981), 1, pp. 63-78, nonché, più ampiamente R. Bollmus, S. Lehnstaedt, *Das Amt Rosenberg und seine Gegner: Studien zum Machtkampf im nationalsozialistischen Herrschaftssystem*, München, Oldenbourg, 2006.

<sup>80</sup> Cfr. la traduzione a cura di Antonio Caracciolo, "Il docente di diritto pubblico Prof. Dr. Carl Schmitt. Documento riservato proveniente dall'Ufficio di Rosenberg", *Behemoth*, 5 (1989), pp. 31-38. Si veda la preziosa contestualizzazione contenuta in G. Maschke, "L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt", cit., pp. 29-30. Bendersky parla di due distinti dossier, cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 281.

<sup>81</sup> L'ipotesi è formulata da G. Maschke, "L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt", cit., p. 30. Su Ziegler studioso del folclore, oltre che teologo, cfr. H. Lixfeld, "Matthes Ziegler und die Erzählforschung des Amtes Rosenberg. Ein Beitrag zur Ideologie der nationalsozialistischen Volkskunde", *Rheinisches Jahrbuch für Volkskunde*, 26 (1985), pp. 37-59. Sul ruolo primario di Ziegler nell'*Amt-Rosenberg* cfr. R. Steigmann-Gall, *The Holy Reich: Nazi Conceptions of Christianity, 1919-1945*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 111. Circa Ziegler ed il *SD* cfr. W. Dierker, *Himmlers Glaubenskrieger. Der Sicherheitsdienst der SS und seine Religionspolitik 1933-1941*, Paderborn, Schöningh, 2002, p. 167.

<sup>82</sup> Cfr. A. Rosenberg, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelischgeistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, München, Hoeheneichen, 1930; trad. it. *Il mito del XX secolo*, Genova, Il Basilisco, 1981.



Chiesa Cattolica a cui “*Schmitt aderisce appassionatamente*”<sup>83</sup>. E che dire dei suoi stretti legami con la Compagnia di Gesù e in particolare con padre Erich Przywara? Le conferme dei “pregevoli servizi di Schmitt in favore del potere del cattolicesimo” non mancavano, ma forse – l’allusione rimaneva implicita, ma non per questo era meno netta – bisognava pensare anche all’esistenza di canali più diretti e meno visibili tra Schmitt e le gerarchie vaticane<sup>84</sup>. Rosenberg, o chi per lui, come ha notato Maschke, non faceva che rispolverare il *topos* della ‘congiura dei gesuiti’, sicuro di “ottenere l’effetto desiderato sugli animi più semplici fra i compagni di partito”<sup>85</sup>.

La conclusione del testo era meno originale: dopo aver lasciato intendere l’esistenza di oscure trame tra Schmitt e il Vaticano, l’anonimo estensore, forse ormai a corto di fantasia, recuperava il consueto armamentario polemico che la dommatica nazista aveva già usato con alterno successo nei confronti di Schmitt: dalla critica alla nozione di ordinamento concreto, all’avversione per il suo presidenzialismo ritenuto sul piano concettuale l’ultimo bastione di Weimar. Il tutto sostenuto sullo sfondo dal consueto *refrain* anticattolico<sup>86</sup>.

La relazione dell’Ufficio di Rosenberg, riletta oggi, può apparire perfino naïve, ma questo non toglie che quando iniziò a circolare rappresentò un colpo micidiale alle aspirazioni di Schmitt, potendo mettere a rischio la sua stessa incolumità personale. La sua efficacia fu però limitata, dal momento che già alla fine del dicembre 1936 Schmitt si era dimesso da ogni incarico istituzionale, conservando soltanto la carica di membro del Consiglio di Stato prussiano – ormai soltanto onorifica, visto che questo organo aveva smesso di riunirsi – e la cattedra universitaria<sup>87</sup>. Fu una decisione tempestiva, anche se dolorosa. Frank, che avrebbe dovuto proteggerlo, era stato invece rapido nel tagliare ogni legame con Schmitt: l’annuncio con cui l’editore della *Deutsche Juristen-Zeitung* informava delle dimissioni del suo direttore suonava come un necrologio<sup>88</sup>. Anche in questo caso Schmitt era stato vittima della micidiale combinazione di paura e *voluptas potestatis*<sup>89</sup>: vedendo cadere il suo *protégé* Frank capì immediatamente che Schmitt

---

<sup>83</sup> Cfr. la traduzione a cura di Antonio Caracciolo, “Il docente di diritto pubblico Prof. Dr. Carl Schmitt”, cit., pp. 31-38 e in particolare p. 34. Il corsivo è nel testo citato.

<sup>84</sup> *Ibidem*. Come noto, nel periodo compreso tra le due Guerre Mondiali padre Przywara fu il pensatore cattolico più influente nei paesi di lingua tedesca. Per contestualizzare le accuse a Schmitt, può essere utile fare riferimento a P. Tommissen, “Carl Schmitt - metajuristisch betrachtet. Seine Sonderstellung im katholischen Renouveau des Deutschlands der Zwanziger Jahre”, *Criticon*, 30 (1975), pp. 177-184; trad. it. “Carl Schmitt e il ‘renouveau’ cattolico nella Germania degli anni Venti”, *Storia e politica*, 14 (1975), 4, pp. 481-500. In effetti il legame tra i due era significativo, tanto che anche durante la sua detenzione Schmitt mantenne la corrispondenza con il gesuita. Si veda poi il contributo offerto da Schmitt al volume in onore di padre Przywara, C. Schmitt, “Nomos-Nahme-Name”, in S. Behn (a cura di), *Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara s.J.*, Nürnberg, Glock und Lutz-Verlag, 1959; trad. it. *Nomos-Presa di possesso-Nome*, in C. Resta, *Stato mondiale o “nomos” della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, Pellicani, 1999, pp. 107-131.

<sup>85</sup> Cfr. G. Maschke, “L’ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 30. Sulla persistenza del *topos* richiamato nel dossier cfr. R. Healy, *The Jesuit Specter in Imperial Germany*, Leiden, Brill, 2003.

<sup>86</sup> Cfr. “Il docente di diritto pubblico Prof. Dr. Carl Schmitt”, cit., pp. 35-38.

<sup>87</sup> Cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, cit., p. 109.

<sup>88</sup> Il testo è parzialmente disponibile in G. Maschke, “L’ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt”, cit., p. 29.

<sup>89</sup> Sul fatto che queste siano anche le coordinate dello Schmitt *Kronjurist* insiste Lanchester, rileggendo Bendersky: cfr. F. Lanchester, “Carl Schmitt: un giurista scomodo (a proposito di un volume





poteva facilmente trascinarlo con sé. Tanto più che proprio in quel momento il Ministro della Giustizia Franz Gürtner pareva prossimo alle dimissioni e Frank, che da tempo aspirava a sostituirlo, aveva assolutamente bisogno dell'appoggio di Himmler<sup>90</sup>. Fu piuttosto l'intervento di Göring, preoccupato dello strapotere delle SS all'interno del partito, a tacitare le accuse<sup>91</sup>. Il prezzo, però, fu la definitiva dimissione di Schmitt da ogni organismo istituzionale. Da Lucerna, dove la rapida caduta del *Kronjurist* era stata seguita con comprensibile soddisfazione, la *Deutsche Briefe*, citando lo Schiller di *Die Verschwörung des Fiesco zu Genua*, commentò beffardamente: "Der Mohr hat seine Arbeit getan, der Mohr kann gehen!"<sup>92</sup>.

In realtà non mancarono degli strascichi: il *Nationalsozialistischer Deutscher Studentenbund* – la Lega degli studenti nazionalsocialisti –, non pago delle sue dimissioni, chiese che Schmitt lasciasse anche la cattedra universitaria<sup>93</sup>. Nel settembre 1937 l'*Amt-Rosenberg* fece pubblicare sulla rivista *Bücherkunde* uno scomposto attacco nei confronti di Schmitt a firma del giurista Hellmut Merzdorf. Ancora due anni dopo, era Gustav Berger, seppure in toni meno infervorati, a denunciare l'orientamento cattolico di Schmitt<sup>94</sup>. Ma ormai quello che doveva essere fatto, era stato fatto. A Schmitt non restava che la via dell' 'esilio interno', il ritorno ai classici – Hobbes in primo luogo, e non è un caso –, lo sconfinamento in campi del sapere fino ad allora poco sondati, come la filosofia del diritto internazionale<sup>95</sup>.

---

di Joseph Bendersky)", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1980), 1, pp. 154-170 poi in Id., *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e Germania*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 221-241.

<sup>90</sup> Si tratta di uno snodo in genere sottovalutato, su cui invece si insiste in P. Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin, Propyläen, 1993, p. 201. Per altro anche Bendersky sottolinea che le reazioni di Frank, circoscritte ad una lettera privata inviata a D'Alquen e ad Himmler, furono tutt'altro che vivaci: cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 280-281.

<sup>91</sup> Bendersky fa riferimento ad una lettera inviata a D'Alquen e datata 21 dicembre 1936. Cfr. J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 283.

<sup>92</sup> Tratto da F. Schiller, *Die Verschwörung des Fiesco zu Genua*, atto terzo, scena quarta.

<sup>93</sup> Si veda D. Cumin, *Carl Schmitt*, cit., p. 180.

<sup>94</sup> In merito cfr. G. Maschke, *L'ufficio di Rosenberg contro Carl Schmitt*, cit., p. 30.

<sup>95</sup> Su cui si veda per tutti D. Zolo, "La profezia della guerra globale", in C. Schmitt, *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. v-xxxii.



# Lecture

# *I conti con il passato*

**Pietro Costa**

Pier Paolo Portinaro ha sempre fatto i conti con il passato: nelle sue opere infatti egli affronta problemi vitali del nostro presente, ma non incorre mai nell'insidiosa e sempre più incombente fallacia del cronocentrismo. Egli non accetta la tirannia del presente, come se niente esistesse al di fuori di esso, ma si impegna in un difficile esercizio di comparazione diacronica fra mondi lontani e diversi. Valga l'esempio di un'opera come *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*,<sup>1</sup> dove l'analisi dell'Unione Europea passa attraverso la ricognizione modellistica di una millenaria fenomenologia politica.

È caratteristica dunque della ricerca di Pier Paolo Portinaro l'attenzione al dispiegarsi nel tempo del fenomeno studiato, nella piena consapevolezza del sottile intreccio di analogie e differenze nel susseguirsi di contesti storici diversi. In questo libro,<sup>2</sup> però, la dimensione della temporalità è presente, per così dire, in una doppia veste: non solo come orizzonte dell'analisi (come nei lavori precedenti), ma soprattutto come il suo oggetto. Fare i conti con il passato, appunto, come suona l'efficace titolo del libro: a fare questi conti non è soltanto l'autore del libro, ma è la società, ogni società, che si rapporta a se stessa, affronta i propri problemi, controlla i propri conflitti adottando volta a volta una determinata strategia nei confronti del proprio passato, decidendo che cosa ricordare e che cosa dimenticare e che uso fare della memoria e dell'oblio. È la politica della memoria il tema del libro. L'attività del ricordare vi compare non come un'operazione semplice e spontanea, ma come una strategia selettiva e costruttiva; come un comportamento non già disinteressato e innocuo, ma sollecitato e plasmato dagli interessi, dalle aspettative, dai conflitti. Ecco la domanda di fondo: che rapporto passa fra memoria e conflitto? In che modo la memoria, il racconto del passato, incide sullo svolgimento e soprattutto sul superamento del conflitto?

Comprendere il conflitto e analizzare gli strumenti impiegati per superarlo. Se questo è il principale itinerario euristico, un passaggio obbligato è il diritto, proprio perché il diritto si propone, se non come l'antonimo del conflitto, certo come uno strumento capace di tenerlo sotto controllo. Da un lato, si dispiega un conflitto dove entrano in gioco incompatibili rappresentazioni del passato e si fronteggiano rivendicazioni di diritti violati e denunce di torti perpetrati; dall'altro lato, si prospetta la possibilità del ricorso a uno strumento capace di determinare le ragioni e i torti delle parti contendenti: entra in gioco appunto il diritto; il diritto nella sua originaria e costitutiva dimensione arbitrale, giudiziale. Ecco dunque, strettamente intrecciati, i tre formanti del libro: la memoria, il conflitto, il diritto.

I conflitti di cui parla il libro non sono però conflitti 'normali': conflitti fra individui arbitrati da un giudice all'interno di un ordinamento. Non è la microconflittualità quotidiana l'oggetto dell'analisi: interessano piuttosto i grandi conflitti, che portano al collasso un ordine determinato e producono un cambiamento di regime, un nuovo assetto dei poteri e degli interessi. È appunto in questo momento di crisi, di passaggio, che i nodi vengono al pettine: vengono avanzati incompatibili *cahiers de doléances*, vinti e vincitori si guardano in faccia, si vogliono appunto regolare i conti con il passato.

---

<sup>1</sup> il Mulino, Bologna 2007

<sup>2</sup> Pier Paolo Portinaro, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milano 2011.



Il conflitto ha lasciato segni profondi e ferite aperte. Le parti contendenti sono ancora lì, anche se i rapporti di forza possono essersi rovesciati. Il fossato che le divide è ancora profondo e tuttavia entrambe sono fronteggiate da un'esigenza che in qualche modo le accomuna: la creazione di un ordine nel quale convivere.

In che modo viene perseguito questo obiettivo, nel lunghissimo arco di tempo preso in considerazione da Pier Paolo Portinaro? L'impressione che ho tratto dal nostro libro è quella di una sconcertante continuità storica. Non mancano, certo, trasformazioni e novità di rilievo, cui accennerò brevemente. Il vero momento di discontinuità sembra però intervenire molto tardi, a ridosso del nostro presente, nel corso del Novecento.

Dall'Atene democratica alla Roma repubblicana, alle città medievali la logica che presiede alla gestione dei conflitti non sembra aver timore di chiamare 'nemico' il nemico e di promuoverne e di esaltarne la neutralizzazione o, meglio, l'eliminazione. Possono servire a questo scopo anche strumenti giuridico-processuali (come è avvenuto, in più occasioni, ad Atene o a Roma) e possiamo quindi parlare di 'giustizia politica'. L'impressione è però che in queste culture la dimensione schiettamente politica, e la vocazione guerriera, siano nettamente prevalenti, e in ultima istanza determinanti, rispetto alla dimensione giuridico-processuale.

Si dirà: anche là dove viene coltivato il senso di una giustizia serena e imparziale, anche quando le Eumenidi prendono il posto delle Erinni, il tema della vendetta non esce di scena, ma è soltanto trattenuto ai margini, sempre pronto a fare sentire la sua voce e a denunciare l'insufficienza riparatrice – e la freddezza razionalistico-burocratica – del giudizio imparziale. Portinaro non manca di sfiorare questo formidabile tema: un tema centrale per chiunque voglia offrire una rappresentazione disincantata del penale e delle sue costitutive ambiguità. Il tema della sempre risorgente connessione e tensione fra giustizia e vendetta però sembra svilupparsi soprattutto nell'ambito della giustizia 'ordinaria', nella gestione della microconflittualità quotidiana. Quando invece entrano in gioco macro-conflitti apertamente politici, non sembrano sussistere esitazioni, nel corso di un lunghissimo periodo storico, ad assumere come 'giusta' l'eliminazione del nemico.

Alcuni capitoli del libro offrono una sintetica, ma eloquente rassegna dei tanti episodi che, nel mondo antico e nel medioevo, mostrano in atto una strategia di franca e aperta eliminazione del nemico: del nemico 'esterno' come del nemico 'interno'. Non si dimentichi il ruolo simbolico svolto dalla guerra e l'altissimo valore etico e antropologico attribuito ad essa in queste società (e anche oltre di esse, fino a tempi recenti). L'apologia della guerra implica il pieno trionfo sul nemico 'esterno', ucciso, ridotto in schiavitù, depredato. Per il nemico 'interno' entrano in gioco altri punti di riferimento, connessi con la valorizzazione della dimensione comunitaria e dell'unità della *civitas*: il nemico interno, una volta vinto, se non soppresso fisicamente, viene relegato *extra moenia*, espulso, esiliato: ancora una volta, eliminato. Certo, occorrerebbe soffermarsi sulle tante differenze: l'esilio decretato da un imperatore romano è qualcosa di molto diverso dal *bannum* inferto dal comune medievale alla *pars* soccombente. E anche in questo caso, il ricorso al *bannum* come strumento di risoluzione del conflitto politico non è automatico e consustanziale al Comune medievale, ma interviene a un certo momento della sua storia. Le differenze fra istituzioni e mondi di vita così diversi sono ovviamente rilevanti e potrebbero essere ulteriormente sottolineate. È però anche possibile individuare le analogie soggiacenti a realtà pur così diverse; e un elemento di collegamento fra contesti differenti può essere



ravvisato proprio nella condivisione di quella logica annientatrice ed espulsiva che resta sottesa alla cultura diffusa in una così lunga stagione della nostra storia. Certo, non mancano – come fa notare Portinaro – episodi di clemenza, quando occasionalmente prevale la scelta di ‘dimenticare’, piuttosto che vendicare, i misfatti del nemico sconfitto. Una scelta siffatta però non entra in tensione con l’etica dominante, che attribuisce un alto valore alla guerra, al trionfo sul nemico e alla sua eliminazione: è una scelta che ne è in qualche modo una variante interna, affidata, come è, alla discrezionale prudenza o generosità del vincitore.

La sorte del nemico è decisa dalla politica: dall’esercizio di un potere che è ‘giusto’ in quanto ha difeso efficacemente se stesso e ha dimostrato il favore dei propri dei (o del proprio dio) sterminando i propri nemici. È soltanto in anni recentissimi, negli anni delle guerre ‘umanitarie’, che interviene la preoccupazione di rassicurare l’opinione pubblica sul fatto che la guerra ha causato il minor numero possibile di vittime. Nei millenni precedenti, vigeva la tendenza opposta a trarre vanto e rassicurazione dalla grande quantità dei nemici eliminati.

Un passaggio importante nello stringere un vincolo più forte fra gli apparati di giustizia e la politica mi sembra offerto dalla graduale costruzione dello Stato burocratico, nel periodo delle cosiddette monarchie assolute. È in quel contesto che i giuristi elaborano compiutamente la categoria di *crimen laesae maiestatis* e prende forma un concetto di reato politico rivelatosi capace di sopravvivere alle rivoluzioni di fine Settecento come ai liberalismi ottocenteschi. È nel processo politico di antico regime che l’avversario del principe viene colpito con lo stigma del ribelle e del traditore, del sovvertitore dell’ordine giusto, quindi, in sostanza, del nemico ‘assoluto’. Converrà a questo proposito tener presenti le penetranti osservazioni di Alessandro Pizzorno sulla politica assoluta e sulle sottili continuità che collegano la definizione teologica (medievale e proto-moderna) del nemico (dell’ordine monarchico e della fede) con la definizione rivoluzionaria del nemico della libertà: nemici, entrambi, assoluti, perché incompatibili con l’ordine giusto; nemici con i quali è quindi impossibile scendere a patti. Contro di essi devono essere impiegate tutte le armi a disposizione e una di queste è lo strumento della giurisdizione; a patto però che essa non sacrifichi al formalismo delle garanzie l’obiettivo prioritario della neutralizzazione del nemico. Come scriveva Louis Antoine de Saint-Just, la giustizia deve essere “pronta, severa, inflessibile” nel colpire i nemici della repubblica, non diversa dal terrore impiegato dai monarchi: la spada che arma gli “eroi della libertà” e gli “sgherri della tirannia” è la stessa, salvo il fatto che il terrore rivoluzionario è “il dispotismo della libertà contro la tirannia”.

La giustizia politica come la prosecuzione della politica con altri mezzi: una formula siffatta sembra essere applicabile alle nostre società in un lunghissimo periodo della loro storia. Pur passando attraverso apposite istituzioni giudiziarie e fatte salve tutte le differenze, anche rilevanti, fra i diversi contesti, appare in ogni caso ridotta la distanza fra il committente politico e l’organo giudicante, la cui autonomia e terzietà sono limitate e il cui compito prioritario sembra essere la neutralizzazione e la liquidazione del nemico.

Per lungo tempo dunque che un nemico (interno e soprattutto esterno) possa avere diritti appare un ossimoro difficilmente superabile. Certo, non sono mancati tentativi in questa direzione: sul fronte interno in particolare, con il graduale sviluppo dello Stato di diritto e del principio di legalità (mai peraltro incontrastato e continuamente sfidato



dall'eterno ritorno della logica dell'eccezione), ma in qualche misura anche sul fronte esterno, con i tentativi (ricordati da Portinaro) di predisporre una normativa internazionale sulla condotta della guerra e sul trattamento dei prigionieri.

La svolta più significativa è però ancora più recente e può essere fatta coincidere con i processi di Norimberga e Tokyo, nel tragico orizzonte della guerra e della Shoah. Pur non mancando qualche precedente, come ci avverte Portinaro, l'esperimento di Norimberga mostra comunque peculiarità tali da permetterci di attribuire ad esso un'importanza paradigmatica.

Nel fare i conti con il nemico sconfitto lo schema giurisdizionale assume un'inusitata importanza. Certo, già in corso d'opera si moltiplicano i rilievi che ne mettono in questione la legittimità, denunciando la mancanza di un elemento costitutivo del giudizio – la terzietà del giudice – e accreditando l'immagine di una giustizia (ancora una volta) meramente politica, di parte: la giustizia dei vincitori. Portinaro offre un quadro equilibrato e variegato delle luci e delle ombre di questo singolare esperimento, la cui importanza seminale resta indubbia proprio per il problema centrale del nostro libro: capire cioè in che modo si fanno i conti con il passato quando nella gestione di un conflitto interno o internazionale interviene il ricorso a un apparato giurisdizionale.

Non posso ricordare e illustrare le attente ricognizioni e le sapienti distinzioni offerte dal nostro autore nel passare in rassegna i numerosi esperimenti che, nel secondo Novecento (in qualche modo a partire dal modello Norimberga), tentano di superare i conflitti ereditati da un passato che si ostina a 'non passare' ricorrendo alla mediazione di un giudice investito di un compito impegnativo: dare a ciascuno il suo, riconoscere le ragioni e i torti e in questo modo porre un termine al conflitto e rendere possibile una svolta. Mi limiterò a richiamare conclusivamente l'attenzione su alcuni passaggi, che mi sembrano tanto problematici quanto interessanti.

Entra in gioco il formidabile problema della verità: dell'accertamento della verità storica, delle modalità di ricognizione e 'attualizzazione' del passato, dei diversi soggetti impegnati in questo processo di rammemorazione. Può il giudice essere un tramite di questo sforzo di congiunzione fra il passato e il presente? E in che modo e con quali effetti?

Il primo problema mi sembra costituito dal fatto che la verità 'storica' e la verità 'processuale' non coincidono automaticamente. Sono diversi i processi di formazione della memoria, sono diverse gli stili della narrazione, a seconda degli attori impegnati nel 'ricordare', a seconda delle strategie ricognitive impiegate, a seconda delle aspettative. Certo, il giudice, come peraltro lo storico professionale, è investito di un'aspettativa di terzietà o imparzialità che attribuisce alla sua ricostruzione del passato un'autorevolezza che può far difetto al racconto dei soggetti direttamente coinvolti. Non mancano in effetti analogie nel procedimento euristico ed argomentativo del giudice e dello storico, ma non mancano altrettanto rilevanti differenze (converrebbe rileggere in questa prospettiva quanto aveva già scritto Calogero negli anni Trenta e, in anni recenti, Ginzburg). Se è analogo lo sforzo (ovviamente tendenziale) verso una comprensione il più possibile articolata ed 'equanime' del passato, sono diverse le finalità e in qualche misura anche l'oggetto: l'obiettivo dello storico è primariamente conoscitivo – la comprensione dei diversi punti di vista, interessi, aspettative coinvolte nel conflitto trascorso – mentre lo scopo del giudice è l'attribuzione di responsabilità, il riconoscimento di diritti e di torti, la valutazione dei comportamenti. Ancora, il fenomeno ricostruito dallo storico ha una valenza essenzialmente collettiva e l'individuo





vi compare come momento di una dinamica più complessa; per il giudice invece è il comportamento dell'individuo che conta, perché è egli che in ultima istanza deve essere giudicato, deve essere qualificato come vittima o carnefice.

Quale che sia il grado di attendibilità attribuibile alla conoscenza giurisprudenziale del passato, emerge comunque un ulteriore problema: quale sia l'incidenza di questo accertamento nella gestione del conflitto. Non sembra scontato che la dichiarazione giudiziale dei diritti e dei torti produca l'auspicato effetto di un raffreddamento del conflitto. Se da un lato, infatti, la sentenza può sembrare capace di chiudere definitivamente i conti con il passato, dall'altro lato, essa può anche 'bloccare' il conflitto, irrigidirlo, renderlo in qualche modo 'definitivo', anziché stemperarlo favorendone il superamento e aprendo la strada della riconciliazione.

Ecco un altro tema di grande interesse, cui il nostro libro dedica un'opportuna attenzione. Da un lato, l'accertamento giudiziale delle responsabilità, dall'altro lato, esperimenti (l'esempio più celebre è la Commissione sud-africana) che puntano al coinvolgimento dei soggetti, al reciproco riconoscimento, alla riconciliazione. Sembra emergere la possibilità di una gestione del conflitto capace di superare le strettoie e le insufficienze di un approccio rigorosamente giuridico-formalistico e sembra delinearsi, in prospettiva, addirittura la possibilità di una visione diversa del penale. Certo è comunque che entrano in gioco, come osserva puntualmente Pier Paolo Portinaro, evidenti differenze fra culture: fra culture dove il diritto è stato uno dei tramiti della secolarizzazione e culture dove la religione e il senso del sacro incidono ancora fortemente nella dinamica intersoggettiva.

Accertare le responsabilità è un'operazione difficile e dolorosa, ma non ancora sufficiente. Essa tende naturalmente a prolungarsi in una fase ulteriore: la riparazione del danno ingiustamente subito. Sembra trattarsi di un'operazione semplice, ma tale è soltanto quando i responsabili e le vittime siano chiaramente individuabili. Quando però si moltiplicano, come sta avvenendo in tempi recenti, i processi al passato, prossimo e remoto, l'individuazione dei colpevoli e quindi la riparazione dei torti diviene problematica. Non c'è dubbio che la tratta dei neri sia stata un episodio feroce che ha contribuito alla ricchezza dell'Occidente. Ciò non toglie però che sia difficile oggi procedere a un accertamento di responsabilità e alle relative 'riparazioni'.

Resta infine da tener presente che il processo del ricordare è, sì, una necessaria componente di un'identità collettiva in continuo movimento e assestamento, ma, proprio per questo, è anche la molle materia con la quale vengono costruite efficaci retoriche di legittimazione di assetti di potere e di strategie politiche. Potremmo chiederci se la stessa ritualizzazione della memoria dell'Olocausto possa esserne un esempio.<sup>3</sup> Un indizio significativo è comunque offerto dal nostro libro, che ricorda come nella conferenza sull'Olocausto a Stoccolma nel 2000 (con la partecipazione di 600 delegati da 40 paesi) Clinton sia intervenuto per legittimare, in nome di quella memoria condivisa, l'intervento militare in Kosovo.

È un fitto intreccio di luci ed ombre che il nostro libro riesce a dipingere senza forzature e senza pregiudiziali ideologiche. Fare i conti con il passato resta, per ogni società, un compito, al contempo, ineludibile e impossibile. E proprio in ragione di questa 'impossibilità' potremmo pessimisticamente ipotizzare che la forza risolutrice

---

<sup>3</sup> Se ne occupa un libro recente di Valentina Pisanty, *Abusi di memoria*, Bruno Mondadori, Milano 2012



## JURA GENTIUM



dei conflitti è, più che la memoria, l'oblio: non tanto l'oblio 'artificiale' indotto dall'amnistia, quanto la dimenticanza naturale e inevitabile provocata dal susseguirsi delle generazioni. Per la maggioranza dei nostri ventenni probabilmente la guerra mondiale e la resistenza appartengono ormai a un passato che può essere, nella migliore delle ipotesi, ricordato con la stessa distratta curiosità riservata alle guerre puniche.

# Cultura dei diritti e lavoro della memoria. Su *I conti con il passato* di Pier Paolo Portinaro

Ilaria Possenti

All'indomani della catastrofe totalitaria Hannah Arendt scriveva che “il diritto ad avere dei diritti, o il diritto di ogni individuo ad appartenere all'umanità, dovrebbe esser garantito dall'umanità stessa”, ma “non è affatto certo che questo sia possibile”<sup>1</sup>. Nutrendo scarsa fiducia nei “benintenzionati tentativi umanitari di ottenere nuove dichiarazioni dei diritti umani dalle organizzazioni internazionali”, Arendt rifuggiva dall'ipotesi cosmopolitica kantiana e propendeva semmai per il dubbio di Trasimaco sul “giusto” come interesse del più forte: “è perfettamente concepibile, e in pratica politicamente possibile, che un bel giorno un'umanità altamente organizzata e meccanizzata decida in modo democratico, cioè per maggioranza, che per il tutto è meglio liquidare certe sue parti”<sup>2</sup>. Una via d'uscita da questa *impasse* si sarebbe poi aperta in *Vita Activa*, che sottolinea l'irruenza e l'irreversibilità delle azioni umane, insieme al funzionamento della polis come organizzazione della memoria<sup>3</sup>. In una prospettiva arendtiana, potremmo dire, i diritti non hanno fondamento, poiché le Dichiarazioni universali implicano una scelta che niente e nessuno può garantire una volta per tutte. Ma questa “infondatezza”, a ben vedere, ha tutta la consistenza di una costruzione storica che si sedimenta nella cultura, nelle pratiche e nelle strutture sociali: certamente un diritto può essere oggi affermato e domani negato; eppure nessuna comunità politica, *dopo* averlo introdotto, potrà cancellarlo come se niente fosse - come se l'evento della sua affermazione non fosse mai accaduto. A meno che, si intende, quella comunità non sia in grado di produrre oblio totale e inconsapevolezza della memoria.

## Quale memoria, per quale cultura

“La cultura dei diritti - scrive Portinaro nel capitolo conclusivo del suo libro - si alimenta alla memoria del passato. La promessa dei diritti è correlata alla memoria dei torti: detto altrimenti, la storia dei diritti è la storia della consapevolezza dei soprusi patiti e dei mali commessi” (p. 202). Poiché “memoria” si dice in molti modi, tuttavia, due domande si impongono: quale uso della memoria vive nelle pratiche politiche e giuridiche più diffuse? E di quale uso della memoria può alimentarsi la “cultura dei diritti”?

La cultura, diversamente da quanto suppone un culturalismo diffuso, è un processo e non un possesso: è un lavoro di “coltivazione”. Nel caso della cultura dei diritti, se questa espressione rinvia all'“universalismo dei titolari”, non può che essere il lavoro di una pluralità di attori, a partire da coloro che ad ogni latitudine attivano conflitti per i

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (1951<sup>1</sup>), New York, The World Publishing Company, 1958; trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Milano, Comunità, 1999, p. 298.

<sup>2</sup> Ivi, p. 299.

<sup>3</sup> Cfr. H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago, University of Chicago Press, 1958; ed. or., *Vita Activa. La condizione umana*, Milano, Bompiani, 1988, capitolo V, in particolare prgg. 25-28 e 32-33.



diritti. Per questo è importante che Portinaro colleghi la cultura dei diritti al tema ricoeuriano del “lavoro della memoria”<sup>4</sup>. Si tratta di comprendere, infatti, di quale uso della memoria abbiamo bisogno per una cultura dei diritti che sia un processo partecipato e plurale, non un’arma nelle mani di qualcuno.

Non potrei e non saprei discutere in dettaglio un aspetto prezioso del libro, e cioè la storia di quelle pratiche politiche e giuridiche che fin dall’antica Grecia, ben prima del sorgere di una cultura dei diritti, provano a confrontarsi col “male politico” all’indomani della sua disfatta (dopo la caduta di un regime tirannico come dopo una guerra civile). Vorrei però ricordare di quali pratiche si tratti: Portinaro richiama prima di tutto la vendetta nei confronti degli esecutori, cui sono affini i provvedimenti di “epurazione”; in secondo luogo, la “soluzione giudiziaria del passato”, ovvero l’elaborazione della memoria dei torti che passa attraverso i processi a responsabili di crimini specifici; in terzo luogo, i provvedimenti di amnistia, spesso di ampie proporzioni e pubblicamente motivati dalla necessità di reagire alla catastrofe con una ritrovata moderazione politica; infine, quelle pratiche odierne che, a partire dalle riparazioni di guerra e dai risarcimenti alle vittime, propongono strategie di riconciliazione che passano anche attraverso una pubblica ricostruzione ed esposizione dei fatti, come accaduto in tempi recenti con le “Commissioni verità e riconciliazione”. Portinaro ricorda che queste strategie, oggi discusse come “giustizia di transizione”, si inscrivono entro un inedito *moral frame* della politica e del diritto internazionale: esse si basano sull’idea che ricostruire ed esporre pubblicamente i torti commessi e subito consenta di superare in tempi ragionevoli la ferita inferta alla comunità, nel suo insieme, dalla spaccatura tra vittime e carnefici. D’altra parte, non è così evidente che “il bene” delle vittime si identifichi con una rapida reintegrazione nella società che le ha martirizzate, né che una “riconciliazione” istituzionalizzata e cadenzata eviti i rischi di un ritorno del “rimosso”. Anche per questo, credo, Portinaro solleva dei dubbi sulla fretta di riconciliare (fretta di democratizzare” e “liberalizzare”?), mentre considera il “lavoro della memoria”, che richiede tempo, impegno e energia, come una condizione indispensabile per la cultura dei diritti: “I risarcimenti materiali e il ristabilimento della verità sono condizioni necessarie ma non sufficienti per la riconciliazione. Il ‘lavoro della memoria’ è la terza indispensabile condizione che, in considerazione dell’inadeguatezza delle altre politiche del passato, è venuto acquistando nel corso degli anni sempre maggiore rilevanza” (p. 202).

Ma in cosa consiste questo lavoro? E, aggiungerei, deve necessariamente essere identificato con pratiche di ricerca e confronto sociale dotate di finalità “pedagogiche”, come quelle che emergono nelle cosiddette “politiche della memoria”? La riflessione di Portinaro ci consente, intanto, di chiederci quale sia il rapporto che vendetta, amnistia, processi, riconciliazione intrattengono con la memoria, e se quel rapporto aiuti o meno a coltivare i diritti.

---

<sup>4</sup> Il riferimento è a P. Ricoeur, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, Paris, Le Seuil, 2006; trad. it., *La memoria, la storia, l’oblio*, Milano, Cortina, 2003. V. anche Id., “Memoria. Storia. Oblio”, in D. Iannotta (a cura di), *Paul Ricoeur in dialogo. Etica, giustizia, convinzione*, Torino, Effatà, 2008: intervento di Paul Ricoeur alla Conferenza Internazionale “Haunting memories? History in Europe after Authoritarianism”, Budapest, 8 maggio 2003; la versione italiana è tratta dalla traduzione francese: cfr. Id., “Mémoire, histoire, oubli”, *Esprit*, (2006), 3-4.



Esiste un modo semplificato di rispondere a questa domanda: si potrebbe dire, infatti, che la vendetta ci inchioda al passato, e le sentenze dei giudici pure; che l'amnistia cancella la memoria dei torti, e che anche le strategie di riconciliazione, in fin dei conti, puntano solo a far dimenticare. Simili semplificazioni, d'altra parte, corrispondono a modalità storiche con cui quelle pratiche si sono presentate.

Non di rado le "rese dei conti" sono state anche giudiziarie, hanno creato visioni stereotipate e controproducenti della distinzione tra il giusto e l'ingiusto (basti pensare alla "giustizia dei vincitori"), e hanno sclerotizzato la memoria, rimuovendo forme di consapevolezza critica come quelle che Primo Levi ha in vari modi cercato di sollecitare: ad esempio, riflettendo sul fatto che tra carnefici e vittime si estende una vasta "zona grigia"<sup>5</sup>, la cui rimozione aiuta i primi ben più di quanto possa aiutare le seconde, perché impedisce il compito della comprensione. La cristallizzazione della memoria, mi pare, non aiuta la cultura dei diritti perché non costruisce storie attendibili, storie umane e dunque storie complesse, in grado di tenere insieme la ricostruzione dei fatti con gli inevitabili margini di ambiguità dell'intreccio, e l'identificazione dei personaggi, a partire dai *responsabili*, con le loro umane ambivalenze. Una memoria ipersemplificata produce stereotipi e può facilmente consentire a chi si considera erede e possessore della cultura dei diritti, in quanto vittima o in quanto tutore, di brandire i diritti come arma legittima per ogni forma di guerra alle violazioni (magari viste oramai da posizioni di forza, o selezionate in base a interessi diversi e congiunturali).

Anche l'amnistia e la riconciliazione rischiano, d'altra parte, di fare un uso della memoria che nuoce alla cultura dei diritti. Percorrere le strade dell'oblio può infatti portare a promuovere l'impunità e a coprire le complicità. Rispetto alle amnistie, Portinaro ricorda come questo genere di "rinuncia alla resa dei conti" avvenga spesso in virtù di valutazioni strategiche e di più o meno evidenti interessi di parte (l'interesse a ottenere riparazioni e risarcimenti, ma anche quello a non far emergere complicità indirette): in quanto "reciproco oblio dei torti patiti", l'amnistia può infine eludere completamente il problema della responsabilità. Un rischio analogo pare implicito anche nelle strategie della riconciliazione, riconducibili a un modello di relazioni mnestiche che Aleida Assmann chiama "ricordare per dimenticare"<sup>6</sup>. Questo modello, osserva Portinaro, "non usa la memoria per fissare apotropaicamente un evento del passato, ma come strumento terapeutico per soddisfare l'esigenza di andare oltre (*leave behind and go beyond*)" (p. 208); ci sia avvia così verso una forma di perdono politico collettivo che, proprio come accade nel perdono individuale, dovrebbe in teoria azzerare la storia. Su questo fronte, dunque, il lavoro della memoria rischia di produrre non cristallizzazioni e stereotipi, ma forme dirette (amnistia) o indirette (riconciliazione) di oblio.

Per queste ragioni il libro si chiude sul registro dell'insoddisfazione rispetto alle strategie di riconciliazione, che da un lato sembrano tese a superare l'alternativa tra giustizia politica e pura amnistia, o tra cristallizzazione e oblio immediato del passato, ma dall'altro non sembrano promuovere un rapporto con la memoria adeguato alla cultura dei diritti.

---

<sup>5</sup> Cfr. P. Levi, *I sommersi e i salvati*, Torino, Einaudi, 1986.

<sup>6</sup> A. Assmann, "From Collective Violence to a Common Future", in R. Wodak, G. Auer Borea, ed., *Justice and Memory*, Wien, Passagen, 2009.





## La memoria dialogica

Quando richiama la necessità di un “lavoro della memoria”, Portinaro rinvia immediatamente alla duplice preoccupazione di Paul Ricoeur, che ne *La memoria, la storia, l'oblio* riflette tanto sui rischi di una sclerotizzazione quanto sui rischi di un sovraccarico e di una saturazione della memoria.

Il lavoro della memoria, potremmo dire, non coincide semplicemente col dovere di ricordare, perché questo potrebbe anche sfociare in una sorta di compulsione: da una parte, in un flusso continuo e collettivo di coscienza che non riesce a dar forma a un racconto, con effetti paralizzanti per gli attori sociali e per la cultura dei diritti; dall'altra, in una chiusura della contesa basata su puri rapporti di forza, capaci magari di imporre la storia dei Lager come giustificazione delle moderne “guerre umanitarie”. Limitarsi a scatenare le “Erinni della memoria”, questo è il punto, non giova necessariamente alla coltivazione dei diritti.

Per questo, credo, Portinaro rinvia a un lavoro della memoria operante nel senso di un determinato modello mnestico, che Aleida Assmann chiama “dialogic remembering”. Mi domando tuttavia se non valga la pena di provare a leggere il “lavoro della memoria” nei termini di una “memoria dialogica” che non si lega necessariamente alle etiche dialogiche e comunicative - come mi sembra che Paul Ricoeur ci consenta di fare, in particolare, con la riflessione di *Sé come un altro* su identità, memoria e narrazione<sup>7</sup>.

In questa prospettiva, quello che manca alle “politiche della memoria”, o almeno all'ossessione contemporanea per il ricordo, è la sollecitazione della capacità dialogica della memoria, che appartiene al carattere dialogico della soggettività e si esprime in narrazioni non “deboli” (in cui i responsabili appaiono meno responsabili), ma complesse (in cui i responsabili sono responsabili, per quanto l'intreccio di cui sono al centro abbia margini estesi, che sconsigliano di chiudere una volta per tutte il lavoro della memoria e della comprensione, come di istituire analogie improvvisate con storie e contesti diversi). Una cultura dei diritti plurale e partecipata, inevitabilmente animata da contraddizioni e conflitti, non può alimentarsi di narrazioni tanto pacificate e pacificanti da apparire sospette, che identificano i “buoni” e i “cattivi” emulando i modelli stereotipati e ipercoerenti del folklore; né può alimentarsi di narrazioni tanto ardite da apparire improponibili come forme di convivenza sociale; di storie, cioè, pluralizzate e sature a tal punto da disgregare l'intreccio e la soggettività degli attori, un po' come accade in quei modelli letterari in cui la realtà semplicemente scorre e si affastella, fino a minare ogni tipo di forma e coerenza (dal Musil citato da Paul Ricoeur fino ai tanti romanzi in cui, nel corso del Novecento, sfilano uomini e donne “senza qualità”). Le narrazioni basate sulla memoria dialogica sfuggono ai due rischi della “sclerotizzazione” e della “saturazione” perché restano tanto complesse quanto sono complessi il mondo sociale e i suoi attori, come può accadere in un romanzo di Tolstoj o Dostoevskij. Se pensiamo alla memoria sociale, questo è in fondo il caso di certe narrazioni di “resistenza”, in cui la convinzione di aver giustamente difeso dei diritti

---

<sup>7</sup> Faccio qui riferimento alle tesi sulla soggettività sviluppate in P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Le Seuil, 1990; trad. it., *Sé come un altro*, Milano, Jaca Book, 1993, con particolare riferimento ai capitoli Quarto, Quinto e Sesto.



può convivere con la difficoltà di riproporre nel contesto presente, o di rivendicare con leggerezza, gli atti compiuti nel corso di quella lotta.

Probabilmente, la memoria sociale contribuisce alla cultura dei diritti finché mantiene elevate capacità dialogiche. Queste capacità non obbligano a far saltare o a far infine dimenticare, come in una sorta di ideologia a rovescio, le distinzioni elaborate tra il giusto e l'ingiusto, o quelle appurate tra vittime e carnefici; ma consentono di difendere quelle distinzioni in modo non ideologico, grazie all'esplicitazione e alla valutazione continua, e non a una comoda rimozione, degli argomenti che potrebbero mettere in discussione alcuni aspetti, oppure la loro banale riproposizione in condizioni storiche e sociali diverse. Da questo punto di vista, forse il "lavoro sulla memoria" è un lavoro cognitivo ben prima che etico. Non riguarda tanto la coscienza morale (*conscience, Gewissen*), quanto la coscienza come consapevolezza dialogica o critica (*consciousness, Bewußtsein*)<sup>8</sup>. Ciò non significa dimenticare la sofferenza delle vittime; significa, semmai, ricordarla con un rispetto più profondo, un rispetto che si esprime anche nella consapevolezza dei vincoli epistemologici insiti nel discorso *delle e sulle* vittime. Quando parla della "vergogna" provata nel farsi testimone di Auschwitz, ad esempio, Primo Levi ci ricorda che appartenere alla cerchia dei "salvati" pone alcuni limiti alla possibilità di identificarsi coi "sommersi", ovvero di parlare in loro nome<sup>9</sup>.

In questa prospettiva, forse, la memoria dialogica non si identifica con certe pratiche piuttosto che con altre, ma riguarda il modo in cui ogni pratica politica, giuridica o sociale può essere attuata. Non sempre il processo a un criminale politico si risolve in un processo politico, e la verità giudiziaria in una narrazione stereotipata degli eventi - benché sia questa, come Portinaro riconosce, una tendenza diffusa e non facilmente confutabile del diritto penale internazionale. Analogamente, non sempre un'amnistia si risolve in una liquefazione della storia e delle responsabilità degli attori - e in effetti, ricorda Portinaro, l'antico imperativo politico di "non ricordare il male" non implica proibizioni rivolte alla memoria sociale, bensì una rinuncia all'uso della memoria in sede giudiziaria, e cioè la rinuncia ad adire le vie legali. *Fare i conti con il passato* ci sollecita così, per vie diverse, a pensare il lavoro della memoria in termini non riducibili al puro dovere di ricordare o, viceversa, alla pura opportunità di dimenticare. Il tema della memoria dialogica emerge qui come un tema importante; forse troppo importante,

---

<sup>8</sup> Cfr. H. Arendt, *The Life of the Mind*, New York, Harcourt, Brace and Jovanovich, 1978; trad. it. *La vita della mente*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 285-86. Nella Conferenza su "Memoria. Storia. Oblio", cit., lo stesso Ricoeur, che pure sviluppa il tema della memoria nel quadro di una più ampia visione etica, si preoccupa di distinguere il "lavoro della memoria", inteso come nozione psicologico-cognitiva derivata da quella freudiana di *Erinnerungsarbeit* (che caratterizza la "lotta da condurre contro la coazione a ripetere, fissata sotto la pressione di resistenze solidamente costituite"), dal "dovere della memoria", inteso come nozione morale, che guarda alla giustizia dovuta alle vittime. Parlando di "lavoro della memoria", Ricoeur intende "serbare e trasporre" qualcosa della nozione freudiana di *Erinnerungsarbeit*, connessa anche al tema dell'elaborazione del lutto, "nel campo della memoria storica" e della "dimensione critica della conoscenza storica". Il "lavoro della memoria", potremmo dire, mantiene vivo il dialogo interiore della coscienza storica, dispiegando una *propria* energia riflessiva e critica, che in un certo senso prescinde dall'assunzione morale dei doveri verso le vittime (laddove il problema, oserei dire allontanandomi da Ricoeur, è nuovamente un problema critico: che cosa è "giusto" nei confronti delle vittime? qual è o sarebbe il loro punto di vista, e *come* parla chi parla in loro nome?).

<sup>9</sup> Cfr. P. Levi, *op. cit.*, pp. 64-65. Per questa interpretazione della "vergogna dei salvati" mi permetto di rinviare a I. Possenti, "Stranieri della memoria. Hannah Arendt e Primo Levi", *Critica sociologica*, (2005), 154-55.



## JURA GENTIUM



però, per essere affrontato immediatamente in una prospettiva morale, senza tenere conto della sua complessità epistemologica, come spesso sembra accadere nelle etiche dialogiche e discorsive. La memoria dialogica, oserei dire, è prima un modo in cui possiamo funzionare, come attori sociali alle prese con la conoscenza storica, che un valore morale; e non impone di “non chiudere mai i conti”, ma induce a chiuderli in modo “consapevole”. Quel che ha valore morale, forse, è la nostra capacità o incapacità di dare spazio alla memoria dialogica e alla complessità storica e sociale che ne deriva - senza rimuovere, ma anzi assumendo come dato inaggirabile, tutti i suoi attriti e conflitti.

# Nuovo realismo o populismo? Sul *Manifesto del nuovo realismo* di Maurizio Ferraris

Leonardo Marchettoni

Sostiene Maurizio Ferraris nel suo nuovo libro<sup>1</sup> che l'affermazione del postmodernismo negli ultimi trenta anni sia all'origine di una progressiva perdita di contatto della riflessione filosofica dalla realtà e abbia, in ultima analisi, preparato il terreno al dilagare del populismo, rendendosi complice delle distorsioni della realtà perpetrate dai poteri forti. In effetti, se la difesa delle ragioni del realismo contro l'ortodossia antirealista era già uno dei temi caratterizzanti la produzione più recente di Ferraris,<sup>2</sup> il modo in cui queste tematiche vengono collegate a una valutazione più specificatamente politica delle conseguenze dell'atteggiamento antirealista è il tratto caratterizzante dell'ultima monografia del filosofo torinese. Su questo versante, peraltro, il *Manifesto del nuovo realismo* costituisce la sintesi di un vasto dibattito che è in corso almeno dalla metà del 2011.<sup>3</sup> Il volume si articola in quattro brevi capitoli, contraddistinti da un'esposizione vivace e da uno stile polemico e brillante.<sup>4</sup>

Nel primo capitolo Ferraris espone le tesi generali del suo *Manifesto* e identifica tre meccanismi tipici della "koiné postmoderna", responsabili della deriva populista che ha caratterizzato l'ultimo squarcio del ventesimo secolo e i primi anni del ventunesimo: *ironizzazione*, *desublimazione* e *deoggettivazione*. Più precisamente, l'ironizzazione è il procedimento attraverso il quale il filosofo postmoderno introduce una distanza tra sé e i fatti, rappresentato emblematicamente dall'introduzione delle virgolette; la desublimazione consiste nella rivalutazione e rilegittimazione del desiderio e della sfera istintuale contro quella razionale; infine la deoggettivazione è la messa in discussione dell'esistenza di fatti oggettivi. Presi insieme questi tre meccanismi mettono in crisi il progetto di matrice illuminista di un sapere critico e spianano la strada verso lo svaporare della realtà in un perenne reality.

Nel delineare i tratti essenziali del *realismo* – il succedaneo postmoderno e populista del realismo – la penna di Ferraris è spesso felice, come quando indica nell'abuso della decontestualizzazione e della *giustapposizione* fra tematiche e metodi di indagine differenti, nella *drammatizzazione* e nell'*onirizzazione* i dispositivi attraverso i quali la propaganda populista induce una progressiva confusione fra realtà e

---

<sup>1</sup> *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, ISBN 978-88-420-9892-8, pp. 115. Dove non altrimenti indicato i numeri di pagina si riferiscono a questo testo.

<sup>2</sup> Vedi soprattutto M. Ferraris, *Il mondo esterno*, Milano, Bompiani, 2001 e Id., *Goodbye Kant! Cosa resta oggi della Critica della ragion pura*, Milano, Bompiani, 2004.

<sup>3</sup> Le tappe principali di questo dibattito si trovano indicate sul sito del Centro Labont, diretto dallo stesso Ferraris, alla URL: <<http://labont.it/dibattito-sul-nuovo-realismo>>.

<sup>4</sup> Anche se non sempre adeguatamente sorvegliato. Per esempio, a pagina 10 Ferraris scrive che secondo gli etologi "la mimica del riso è un retaggio del mostrare i denti che, nell'animale, precede l'aggressione", quando più correttamente ne è una ritualizzazione (cfr. I. Eibl-Eibesfeldt, *Grundriss der vergleichenden Verhaltensforschung*, München, Piper, 1987, trad. it. *I fondamenti dell'etologia*, Milano, Adelphi, 1995, pp. 248-9). Sempre nella stessa pagina, Ferraris paragona il postmoderno a "una stella esplosa da tempo [che] continua a mandare la sua luce", un'espressione che probabilmente allude al fatto che, secondo le concezioni astronomiche correnti, la luce di stelle in esplosione – le cosiddette "supernove" – ci giunge da distanze di migliaia o milioni di anni luce.



artificio. Non si può nascondere, però, che l'assunto principale del discorso di Ferraris, l'esistenza di un nesso tra postmoderno e populismo, rimanga largamente indimostrato. In primo luogo, il discorso di Ferraris si svolge in una larga ambiguità geografica: in certi punti, sembra che Ferraris abbia di mira soprattutto il populismo italiano<sup>5</sup> e polemizzi di conseguenza contro gli esponenti filosofici del postmodernismo in Italia, in particolare contro la "scuola" del "Pensiero debole"; altrove, invece, il bersaglio sono autori come Foucault, Lyotard, Rorty, Žižek, e Ferraris sembra considerare le derive internazionali verso il populismo.<sup>6</sup> Ma sembra ragionevole assumere che esistano differenze non marginali fra le varie forme di populismo, differenze che precludono un continuo slittamento dall'analisi della situazione italiana a quella di altri paesi. L'esistenza di queste differenze mette in discussione la possibilità di una discussione unitaria del populismo e la stessa legittimità di questa categoria. Quanto meno, la ricostruzione della genesi del populismo, e ancor prima la sua definizione, richiedono un lavoro storico e sociologico autonomo,<sup>7</sup> che non può essere certo ridotto a un tentativo di mettere in luce affinità tra postmoderno e populismo. Inoltre, proviamo a domandarci in che cosa un nesso di tal genere potrebbe consistere. Non credo che si possa pensare seriamente che l'influenza del postmodernismo abbia corrotto a tal punto le menti dei cittadini da renderle vulnerabili alle sirene populiste. Per questo motivo, l'unica connessione che a me pare *prima facie* plausibile tra postmoderno e populismo è quella che individua nella *vulgata* postmoderna una responsabilità per aver sottratto alla riflessione filosofica gli strumenti critici per diagnosticare e denunciare le contraddizioni del populismo, come l'esempio dell'appropriazione da parte di Benedetto XVI della riabilitazione di Bellarmino contro Galileo operata da Feyerabend induce a ritenere. Davvero dunque l'antirealismo comporta l'abdicazione della filosofia dal suo ruolo critico? O, equivalentemente, davvero l'atteggiamento realista costituisce una precondizione della critica politica e sociale? Questa è la tesi che, a mio avviso, il *Manifesto del nuovo realismo* dovrebbe dimostrare.

Ma prima di passare a considerare più nel dettaglio i tratti distintivi del realismo di Ferraris, un'osservazione finale sul primo capitolo. Ferraris riconosce che i filosofi postmoderni erano mossi da intenti genuinamente emancipativi e, almeno in alcuni casi, si sono persino accorti della deriva pericolosa che le loro riflessioni rischiavano di innescare. Tuttavia, "hanno il più delle volte adottato la strategia wagneriana del «chiude la ferita soltanto la lancia che la ha aperta»".<sup>8</sup> Questa affermazione è supportata unicamente da una nota in cui si dice che Žižek impiega per due volte questa espressione in uno dei suoi ultimi lavori.<sup>9</sup> Su questa esigua base testuale, dopo aver

---

<sup>5</sup> Vedi in particolare le – peraltro brillanti – considerazioni sul nesso tra desublimazione e protagonismo della persona del capo, considerazioni sicuramente molto meno pertinenti nel caso di altre realtà politiche.

<sup>6</sup> Vedi a p. 23 il riferimento all'amministrazione Bush.

<sup>7</sup> Un punto di partenza imprescindibile è la classica analisi di Habermas intorno alla genesi e al declino dell'opinione pubblica, che Ferraris cita con favore. Cfr. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1962, nuova ed. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, a cura di M. Carpitella, traduzione di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, Laterza, 2002.

<sup>8</sup> P. 26. La citazione è tratta dal *Parsifal* di Richard Wagner.

<sup>9</sup> S. Žižek, *Living in the End Times*, London, Verso, 2010, trad. it. *Vivere alla fine dei tempi*, Milano, Ponte alle Grazie, 2011.





osservato che la strategia di Žižek è solo una variante del principio gnostico secondo il quale il simile si cura con il simile,<sup>10</sup> Ferraris imbastisce la critica che “il postmodernismo si è perciò rivelato un antirealismo magico, una dottrina che attribuisce allo spirito un dominio incontrastato sul corso del mondo”.<sup>11</sup> Considerazioni forse pertinenti ma, anche a prescindere dalla rappresentatività di Žižek come pensatore postmoderno, mi sembra difficile non riconoscere che il modo in cui vengono argomentate manchi di quel rigore che giustamente Ferraris pretende dai filosofi postmoderni.

L’apertura del secondo capitolo caratterizza il dualismo tra realismo e antirealismo come l’opposizione tra due diverse intuizioni:<sup>12</sup> secondo il realista ci sono fatti che non dipendono dai nostri schemi concettuali, secondo l’antirealista non ci sono fatti indipendenti dai nostri schemi concettuali. L’insorgenza di questa dicotomia viene ricondotta da Ferraris alla rivoluzione copernicana di Kant e collegata a una confusione tra ontologia ed epistemologia – quella che Ferraris chiama la fallacia essere-sapere. La svolta trascendentale di Kant rappresenta infatti, secondo il filosofo torinese, l’esito di una vicenda secolare in cui il dubbio scettico, inaugurato da Descartes, ha finito per soppiantare l’immediato realismo della filosofia premoderna. Il risultato di questo processo è la confusione tra ontologia e scienza (epistemologia), confusione cui il nuovo realismo tenta di porre rimedio, enfatizzando le differenze tra le due discipline: l’oggetto dell’ontologia è inemendabile, mentre quello della scienza è emendabile; l’ontologia ha come proprio oggetto il mondo esterno mentre la scienza si rivolge al mondo interno; inoltre, la scienza è una disciplina storica – si evolve con il tempo –, linguistica – non può prescindere dal linguaggio –, libera – essendo un’attività deliberata –, infinita – la ricerca non ha fine – e teleologica – si fa scienza per uno scopo –, mentre l’ontologia non lo è.

La contrapposizione tra realismo e antirealismo è sicuramente il nucleo concettuale del libro e merita perciò un esame accurato. Riprendiamo le due intuizioni che compendiano secondo Ferraris realismo e antirealismo. Secondo il realista, sostiene Ferraris, ci sono fatti che non dipendono dai nostri schemi concettuali. In questa espressione il riferimento agli schemi concettuali epitomizza ogni genere di contributo soggettivo alla rappresentazione del mondo. Perciò, dire che per il realista ci sono fatti che non dipendono dai nostri schemi concettuali equivale a dire – dato che un fatto è tipicamente ciò che rende vere o false le proposizioni – che esistono un linguaggio e una teoria ideali che colgono l’esatta articolazione metafisica del mondo – i fatti, non costruiti, che trovano posto in esso. La postulazione di una simile teoria ideale è concepibile in astratto come “sguardo da nessun luogo” o “punto di vista dell’occhio di Dio”, per ripetere alcune celebri metafore, ma dubito che sia di alcuna utilità nel tratteggiare le differenze tra ontologia ed epistemologia. Nel discorso di Ferraris la prima tende a coincidere con la supposta teoria ideale del mondo, mentre la seconda è

---

<sup>10</sup> Principio già ridicolizzato da Umberto Eco in *I limiti dell’interpretazione*, Milano, Bompiani, 1988, cap. 2.

<sup>11</sup> Pp. 26-7.

<sup>12</sup> Ferraris riprende su questo punto Diego Marconi, di cui vedi *Per la verità*, Torino, Einaudi, 2007. Per una discussione di questo testo vedi L. Marchettoni (a cura di), *Verità, relativismo e pluralismo. Discutendo Per la verità. Relativismo e filosofia di Diego Marconi*, “Jura Gentium”, 5, numero monografico (2008), accessibile all’URL: [http://www.juragentium.org/Centro\\_Jura\\_Gentium/la\\_Rivista\\_files/JG\\_2008\\_monografico.pdf](http://www.juragentium.org/Centro_Jura_Gentium/la_Rivista_files/JG_2008_monografico.pdf).



chiamata a raccogliere la totalità delle concrete descrizioni del mondo che vengono prodotte dagli esseri umani. Ma ontologia ed epistemologia sono *nella realtà* costantemente confuse tra loro e una distinzione netta tra un ambito e l'altro può avvenire solo in riferimento a singoli contesti. Cerchiamo di chiarire questo punto. Pensiamo alla distinzione tra ciò che è emendabile e ciò che è inemendabile. Prendiamo il caso della luce. Le spiegazioni scientifiche sulla natura della luce variano nel corso dei secoli: sono emendabili. Ma cos'è inemendabile? Ferraris sembra suggerire che ciò che è inemendabile è il modo in cui la luce solare opera causalmente su di noi abbagliandoci.<sup>13</sup> Su questa base saremmo tentati di delineare una contrapposizione tra enunciati scientifici sulla luce – “la luce è una particolare radiazione elettromagnetica” – ed enunciati ontologici – “la luce abbaglia”. I primi sono funzione del nostro sistema concettuale, sono storici e linguistici; i secondi dipendono dal mondo esterno, sono astorici e non sono costruiti dagli schemi concettuali. Ma è chiaro che anche questa distinzione è contestuale e rivedibile. Ipotizziamo per esempio che in un remoto futuro gli esseri umani abbiano sviluppato sistemi di ecolocalizzazione simili a quelli dei pipistrelli, perdendo del tutto o in larga parte le capacità visive. In questo scenario, sicuramente fantascientifico ma non impossibile, gli enunciati relativi al potere abbagliante della luce diventerebbero non meno teorici di quelli che ne asseriscono la natura di onda elettromagnetica. Alternativamente, se inemendabili non sono tanto le percezioni ma le proprietà causali che le determinano – il fatto che la luce risulti abbagliante per organismi dotati del “giusto” corredo fisiologico –, queste ultime sono parte della teoria ideale del mondo; in quanto tali non si vede come possano retroagire sulla dicotomia tra ontologia ed epistemologia.

Per questi motivi, la distinzione che Ferraris traccia tra ontologia ed epistemologia e tra scienza ed esperienza non è assoluta, ma rimanda a valutazioni contestuali sempre rivedibili, a meno di non chiamare in causa una chimerica teoria ideale del mondo. Al contrario l'intuizione antirealista che correla i fatti al contributo soggettivo dell'agente, coglie l'elementare dato che le modalità di rappresentazione del mondo non sono analizzabili a prescindere dall'apporto positivo del soggetto conoscente, della sua fisiologia, del medium simbolico che utilizza per le sue rappresentazioni, ecc. Questo non significa ovviamente che l'antirealista ritenga che gli schemi concettuali costruiscano o possano modificare le percezioni, come sembra ritenere Ferraris. Significa però che nell'analizzare il modo in cui queste ultime vengono riportate o spiegate non si può prescindere dalla conoscenza delle caratteristiche specifiche del sistema conoscente. Non significa nemmeno che il mondo dell'antirealista sia una specie di blob informe che attende di essere categorizzato dagli schemi imposti dal soggetto conoscente, perché questa immagine – quella del mondo che assume la forma datagli dagli schemi concettuali con i quali viene esperito – presuppone implicitamente il punto di vista dell'occhio di Dio che l'antirealista rifiuta. In definitiva, i confini tra ontologia ed epistemologia sono perennemente rivedibili, legati alle valutazioni contestuali che, di volta in volta, definiscono l'ambito dell'una o dell'altra, come le categorie e gli schemi concettuali che impieghiamo per rappresentare il mondo.

Nel terzo capitolo Ferraris sostiene che il nuovo realismo non si limita a prendere atto dell'esistente ma costituisce la premessa obbligata per la critica e la riforma. Mentre l'antirealista, in accordo con la fallacia dell'accertare-accettare, si rifugia in un'illimitata

---

<sup>13</sup> P. 49.



fiducia nelle capacità costruttive e de costruttive degli schemi concettuali, connaturato al realismo è un atteggiamento operativo che dalla rilevazione degli errori trae l'impulso per lanciarsi in un'opera di critica e di modifica del presente. Ferraris sottolinea, in primo luogo, che la critica è inseparabile dalla rilevazione di ciò che è reale – rilevazione che rimane naturalmente preclusa al filosofo antirealista. Questo atteggiamento, che evidenzia l'impossibilità di distinguere nettamente tra questioni di fatto e questioni di valore, è bilanciato però dal riconoscimento che, almeno in alcuni domini, l'attività di costruzione fa la differenza. Ferraris distingue, a questo proposito, fra oggetti naturali e oggetti sociali, precisando che, in rapporto a questi ultimi, è la natura documentale di atti iscritti che riveste un ruolo costitutivo.

Nell'ultimo capitolo, infine, Ferraris analizza la terza fallacia che caratterizza il postmodernismo, la fallacia del sapere-potere, secondo la quale la conoscenza e la verità sono prodotti del potere. Partendo da questa fallacia, Ferraris traccia una grande contrapposizione tra Postmoderno, erede del nichilismo nietzscheano e, per questo tramite, del fideismo romantico, e Illuminismo. Attraverso il contrasto tra Postmoderno e Illuminismo, tra fede e sapere, tra reazione e rivoluzione, Ferraris riprende conclusivamente i temi centrali del suo *Manifesto* in un escalation dialettica che culmina nella rievocazione dell'ultimo corso di Michel Foucault, in cui il filosofo francese, già minato dall'Aids avrebbe abiurato al suo credo postmodernista per enfatizzare l'importanza della verità.<sup>14</sup>

Non posso che condividere gli intenti critici e trasformativi del realismo di Ferraris. Anche la sua teoria degli oggetti sociali come oggetti documentali<sup>15</sup> possiede sicuramente motivi di interesse (per quanto la distinzione tra oggetti naturali e oggetti sociali sia troppo netta; inoltre, paradossalmente, si dà il caso che alcune volte gli oggetti sociali si dimostrino più "oggettivabili" degli oggetti naturali<sup>16</sup>). La questione su cui vorrei concentrarmi riguarda piuttosto il problema se l'adozione di un atteggiamento realista sia indispensabile per la critica del potere. Nell'ultimo capitolo Ferraris ha buon gioco nel mostrare che l'adozione della nozione di verità è imprescindibile per opporsi al potere. Ma il problema non è tanto questo, quanto quello di stabilire di che nozione di verità abbiamo bisogno. Il realismo di Ferraris, infatti, ipotizzando un modo di oggetti naturali inemendabili sembra orientato verso una concezione assolutista e corrispondentista della verità, secondo la quale esiste un'unica descrizione vera del mondo. Inoltre, dato il rifiuto della dicotomia tra fatti e valori, che Ferraris dichiara nel terzo capitolo e ribadisce nel quarto,<sup>17</sup> tale unica descrizione sembra comportare un unico ordinamento dei giudizi pratici. Ma questa conclusione contrasta inevitabilmente con il pluralismo che contrassegna le nostre società postmoderne, caratterizzate da elevati livelli di variabilità culturale, sociale, linguistica e religiosa. Non è un caso allora

---

<sup>14</sup> M. Foucault, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France 1984*, Paris, Éditions du Seuil, 2009, trad. it. *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri. Il corso al Collège de France (1984)*, Milano Feltrinelli, 2011.

<sup>15</sup> Vedi anche M. Ferraris, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

<sup>16</sup> Come nel caso della distinzione fra enunciati teorici ed enunciati osservativi che, ormai screditata nell'ambito delle scienze naturali, è stata ripristinata nella teoria della dogmatica giuridica da Luigi Ferrajoli. Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 45 e ss.

<sup>17</sup> Pp. 66-9 e p. 92.



che il progetto emancipativo che Ferraris sottoscrive nasca già vecchio, inscrivendosi nel solco dei movimenti progressisti della seconda metà del ventesimo secolo, nella contrapposizione ai poteri forti dell'economia e della politica, ma trascurando del tutto le esigenze di rispetto delle differenti identità che trovano posto all'interno dei nostri Stati multiculturali. In relazione a questo genere di pluralismo è chiaro che l'attenersi a una nozione di verità assoluta non può che esacerbare la conflittualità, conducendo a uno sterile muro contro muro nel quale è preclusa ogni possibilità di dialogo o di mediazione. Pensiamo, per esempio, a materie controverse come le mutilazioni genitali, l'esibizione in pubblico di simboli religiosi o tradizionali, l'armonizzazione delle norme che regolano il diritto di famiglia. È chiaro che in questi ambiti l'idea che esista un'unica soluzione corretta, che deriva dall'adesione al realismo combinata con il rigetto della dicotomia fatti/valori, comporta l'azzeramento degli spazi di negoziazione e flessibilità, con l'esito di sconfessare parte delle argomentazioni adottate nel corso del dibattito.

Ma da questo segue forse che l'accettazione del pluralismo comporta l'impossibilità della critica? Forse no, a condizione però di un complessivo ripensamento dell'attività stessa di critica e della nozione di verità. Se l'idea di inemendabilità va respinta, perché non ci sono oggetti inemendabili, o meglio perché i nostri giudizi sono sempre emendabili, allora non esistono giudizi assolutamente veri od oggettivi, ogni giudizio è sempre rivedibile sulla base di nuove evidenze e nuove argomentazioni. Questo non significa che i nostri giudizi perdano il loro valore normativo e direttivo. Ciascun giudizio stabilisce come stanno le cose e quali regole dobbiamo seguire, fino al momento in cui viene destituito di validità. Il modello non è quello dell'occhio di Dio, ma quello, più modesto, della sentenza: le sentenze passate in giudicato fanno stato fra le parti, fino a che non emergano elementi nuovi che motivino una revisione della materia.<sup>18</sup> Si tratta senz'altro di un paradigma più umile di quello realista ma che possiede il merito non trascurabile di ribadire la natura "fittizia", nel senso di "fabbricata da noi", dei giudizi attraverso i quali stabiliamo cosa dobbiamo fare.

---

<sup>18</sup> Ovviamente, questa ricetta generale lascia in sospeso molte questioni particolari relative alle modalità in cui le decisioni precedenti possono essere riviste, ai metodi di valutazione delle argomentazioni adottate, al quadro istituzionale necessario per effettuare questo bilanciamento. Per una proposta consonante si può vedere S. Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, in S. Benhabib *et al.*, *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 13-80, trad. it. *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2008.