

MARCO BRIGAGLIA

Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione

ABSTRACT:

Il costituzionalismo dei diritti limita i poteri delle autorità obbligandole al rispetto dei diritti fondamentali, nonché ad agire secondo le procedure ed entro le competenze prescritte assumendo che ciò sia necessario al fine di massimizzare, nel complesso, la protezione dei diritti; in virtù del medesimo fine, obbliga i cittadini ad osservare le direttive delle autorità delegando ad esse la tutela dei loro diritti. Ciò comprime ma non elimina la possibilità di giustificare lo stato di eccezione o il diritto di resistenza: si potrà infatti rivendicare il diritto eccezionale delle autorità a violare i limiti dei propri poteri, ovvero il diritto eccezionale a rovesciare un'autorità legittimamente istituita, per ripristinare una condizione di fatto in cui i diritti siano nel complesso garantiti.

Rights constitutionalism limits the power of authorities by requiring them to respect the fundamental rights and to operate according to prescribed procedures within the limits of recognized competences. It is assumed to be necessary in order to protect the fundamental rights as much as possible. In order to achieve the same goal, rights constitutionalism requires citizens to observe the prescriptions of authorities and to delegate them the safeguard of their rights. In this way the chances of justifying a state of exception or a right of resistance are reduced but not completely eradicated. In order to restore a condition in which the fundamental rights are overall guaranteed, it may in fact be claimed in favour of the authorities the exceptional right to violate the limits to their own powers, or against a legally established authority the exceptional right to overthrow it.

KEYWORDS:

© 2011, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

MARCO BRIGAGLIA

Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione

1. *Dovere di obbedire al diritto* – 2. *Dovere prudenziale e dovere normativo* – 3. *Un catalogo di possibili valori: il costituzionalismo dei diritti* – 4. *Conflitti normativi* – 5. *Alcune discussioni immaginarie (ma non troppo)* – 6. *Diritto di eccezione* – 7. *Dissoluzione dell'unità* – 8. *Conclusioni ottimistiche: limiti immanenti al diritto di eccezione* – 9. *Conclusioni pessimistiche.*

Lo scopo delle osservazioni che seguono è *evocare*, nel modo quanto più semplice possibile, alcuni problemi cruciali posti dal disaccordo sul diritto, inteso come un disaccordo *normativo*: un disaccordo, cioè, che verte sulla questione “Cosa *si deve fare* in una data situazione?”: Cosa *si deve fare* secondo il diritto? E *si deve fare* ciò che il diritto dice di fare?

La linea dell'argomentazione sarà davvero elementare: eviterò di problematizzare concetti estremamente problematici, darò per scontate affermazioni discutibilissime, tralascierò difficoltà rilevanti, forse essenziali... Ed altrettanto elementare sarà lo stile dell'esposizione, rinunciando quanto più possibile a termini, locuzioni, concetti tecnici, ed evitando citazioni e riferimenti espliciti, lasciati in filigrana per il lettore avvertito. Sono due i motivi di questa scelta: anzitutto il desiderio di procedere direttamente e in modo scoperto verso le questioni che mi sembrano decisive; e in secondo luogo il desiderio di rivolgermi non solo ad un pubblico di giuristi e teorici del diritto, ma a chiunque sia interessato alle questioni coinvolte.

1. *Dovere di obbedire al diritto*

Il diritto ci dice come comportarci e noi, generalmente, abbiamo la possibilità di scegliere (a nostro rischio!) se fare o meno ciò che il diritto ci dice di fare. Non solo: il diritto ci dice che, se noi non acconsentiremo a comportarci nel modo prescritto, qualcuno ci *costringerà* ad obbedire con la forza. Il diritto, dunque, ci *minaccia*, minaccia di ricorrere alla forza, di irrogare delle “sanzioni”, per farci comportare come ci dice di comportarci. Ovviamente, non è “il diritto” che ci minaccia né che ci dice come comportarci, ma *qualcuno* in nome del “diritto”. O dei *testi*, che consideriamo “diritto”, e che dovranno comunque essere applicati da *qualcuno*.

Per non complicare troppo il discorso, però, e andare direttamente al punto, accontentiamoci di parlare in metafora... La nostra questione è dunque: Dobbiamo fare proprio ciò che il diritto ci dice di fare? Dobbiamo obbedire al diritto? E se sì, *perché*? In virtù di quali ragioni? E se, del resto, il diritto tenta di imporsi su di noi con la forza, dobbiamo accettare questa imposizione senza reagire a nostra volta con la forza, senza “resistere”? E se sì, *perché*? In virtù di quali ragioni?

Il diritto, del resto, crea o tenta di creare una fortissima asimmetria nella distribuzione del mezzo coercitivo per eccellenza, le armi. Da un lato, strutture armate istituite dal diritto, composte da uomini che hanno il permesso di possedere armi e di usarle o minacciare di usarle *anche per scopi diversi dalla difesa da un'aggressione attuale*; e che, soprattutto, sono addestrati ad agire *in modo coordinato*, obbedendo ad altri uomini che sono autorizzati a comandargli di usare le armi o di minacciare di usarle. Dall'altro, la generalità dei cittadini a cui, salvo casi eccezionali e comunque sotto il controllo delle autorità istituite dal diritto, è vietato possedere armi, usarle o minacciare di usarle per scopi diversi dalla difesa da un'aggressione attuale, formare gruppi armati addestrati ad agire in modo coordinato; e a cui, soprattutto, è vietato usare o minacciare di usare le armi *contro le autorità* istituite dal diritto. Questa asimmetria fa parte del normale panorama della nostra convivenza, così familiare da non stupirci affatto: gli unici gruppi armati di individui addestrati ad agire in modo coordinato che circolano pubblicamente, senza preoccuparsi di nascondersi, senza destare allarme o stupore, sono le autorità istituite dal diritto. Ma, ci si potrebbe chiedere, *perché* dovremmo accettare una simile asimmetria? *Perché* dovremmo accettare limiti al nostro potere di ricorrere al mezzo coercitivo per eccellenza, le armi, laddove altri invece ne dispongono, e possono usarle contro di noi? *Perché* dovremmo accettare l'esistenza di strutture armate, sia pure istituite e autorizzate dal diritto, e rinunciare al potere di formarne noi delle altre? Detto con la metafora più efficace: il Grande Leviatano è potente solo *perché* mantiene in mano la sua spada, mentre noi gettiamo via la nostra, e non la raccogliamo. Ma *perché* mai dovremmo farlo? *Perché* dovremmo gettarla via? *Perché* non dovremmo raccogliercela per difenderci, per imporre le nostre ragioni?

2. *Dovere prudenziale e dovere normativo*

Nella sua forma più semplice, la nostra questione è: *perché dobbiamo obbedire al diritto*? Il “dovere” di comportarsi in un certo modo, però, può essere inteso in due sensi molto diversi.

Quando diciamo che “dobbiamo” comportarci in un certo modo possiamo anzitutto voler dire che comportarci in quel modo *ci conviene*, in

quanto è un mezzo per raggiungere uno scopo che desideriamo raggiungere, che chiameremo “interesse”. Desidero dimagrire (è mio interesse dimagrire), e per dimagrire *devo* seguire una dieta: ma in che senso “devo”? Nel senso che altrimenti non dimagrirò, e dunque non otterrò ciò che desidero, non soddisferò il mio interesse. Questo tipo di dovere è chiamato “dovere prudenziale”, e costituisce, in termini classici, l'*utile*. Le ragioni che si riferiscono ad un dovere prudenziale (“devi, *perché* ti conviene, perché ti è utile, perché è tuo interesse”) sono chiamate “ragioni prudenziali”; trattandosi di ragioni basate sui nostri interessi (sul desiderio che abbiamo di raggiungere un certo scopo), per riferirci ad esse possiamo parlare, metonimicamente, di “interessi”. Potrà trattarsi di interessi singoli e a raggio relativamente breve: devo (in senso prudenziale) guidare con prudenza, per diminuire il rischio di avere un incidente. Ma potrà trattarsi anche di interessi a lungo raggio, a volte molto complessi: devo (in senso prudenziale) mantenere una promessa fatta anche se ciò comporta un sacrificio di certi miei interessi, perché così otterrò la fiducia degli altri, e ciò mi consentirà di ottenere, *a lungo raggio*, una *maggiore* soddisfazione *del complesso dei miei interessi*.

Quando diciamo che “dobbiamo” comportarci in un certo modo, possiamo però voler dire anche qualcosa di molto diverso: che *dobbiamo* comportarci in quel modo *anche se non ci conviene*, anche se comportandoci in quel modo i nostri interessi ne saranno pregiudicati. Ad esempio, non devo fare agli altri ciò che non desidero sia fatto a me *anche se* sono il più forte, e non vi è alcun rischio di subire ritorsioni, mentre invece sfruttare gli altri mi consentirebbe di conseguire meglio alcuni miei interessi, alcuni scopi che desidero raggiungere (diventare più ricco, più potente, eccetera). Questo tipo di dovere è chiamato “dovere normativo”; esso costituisce, in termini classici, il *giusto*. Le ragioni che fanno riferimento ad un dovere normativo (“devi, *perché* è giusto, *anche se non ti conviene*”) possono essere chiamate “ragioni normative”. Certo, può accadere che una ragione normativa ci dica di fare ciò che, a prescindere da essa, abbiamo interesse a fare: ma la sua caratteristica specifica è che, anche se il nostro interesse venisse meno, non verrebbe meno il nostro dovere. Devo (in senso normativo) mantenere una promessa fatta anche se non ho alcun interesse a mantenerla, e dunque anche nel caso in cui, ad esempio, la fiducia degli altri rimarrebbe inalterata pur se la violassi, perché nessuno ne verrebbe mai a conoscenza! Per indicare le ragioni normative parleremo di “valori”: un valore è, potremmo dire, una risposta alla domanda “Perché dobbiamo comportarci in un certo modo *anche se non ci conviene*?”.

La nostra questione era “*Dobbiamo* obbedire al diritto? E se sì, perché? In virtù di quali ragioni?”. Ebbene, faremo riferimento unicamente al dovere normativo e ai valori, e non al dovere prudenziale e agli interessi. La nostra questione non sarà “Ci conviene obbedire al diritto? Quali

interessi possiamo soddisfare obbedendo al diritto? È utile obbedire al diritto?”, ma piuttosto “*Dobbiamo ubbidire al diritto anche se non ci conviene? E in virtù di quali valori? È giusto obbedire al diritto?*”.

Molti lettori potrebbero a questo punto obiettare qualcosa del tipo: “Non ha senso distinguere il giusto dall’utile e i valori dagli interessi: ciò che a ciascuno appare giusto è, in ultima analisi, solo ciò che gli è utile! I miei valori non sono altro che una maschera dei miei interessi: degli interessi che non voglio mostrare agli altri, ovvero degli interessi che non ho il coraggio o la capacità di riconoscere come tali”. È possibile che sia così. È possibile che, in definitiva, il giusto e i valori non siano altro che un modo di mascherare o di misconoscere l’utile e gli interessi. Per chi dovesse pensarla così, basterà fare lo sforzo di prendere provvisoriamente sul serio la nozione, di rinunciare, potremmo dire, a strappare via la maschera, accettando di immaginare, per il corso dei prossimi paragrafi, discussioni “travestite” che vertono appunto sul dovere normativo di obbedire al diritto, e sui valori che lo fondano.

È proprio questo l’obiettivo dei prossimi paragrafi: costruire discussioni immaginarie fra interlocutori immaginari, che vertono proprio sul dovere normativo di obbedire al diritto, e sui valori che lo fondano; discussioni immaginarie ma *realistiche*, che somiglino, per quanto drasticamente semplificate, a discussioni che possono realmente verificarsi e che sono, in effetti, frequenti. Attraverso esse, potremo evidenziare dei problemi molto rilevanti.

3. *Un catalogo di possibili valori: il costituzionalismo dei diritti*

Per costruire le nostre discussioni immaginarie abbiamo bisogno di qualche coordinata.

In primo luogo, dobbiamo supporre un concetto di diritto al quale i nostri interlocutori immaginari potrebbero fare riferimento, discriminando cosa è diritto, e cosa non lo è. Assumeremo in particolare, senza problematizzare troppo il punto, che i nostri interlocutori ritengono sia diritto il complesso delle norme direttamente espresse dalla Costituzione italiana del 1948, e delle norme che trovano in essa il loro fondamento di validità. La Costituzione del 1948, in un’accezione molto semplice e riduttiva: (i) Istituisce delle “autorità”, ossia conferisce a *pochi* individui il potere di decidere come si devono comportare *molti* individui, e di usare la forza per costringerli a comportarsi nel modo prescritto. Chiameremo gli individui sottoposti all’autorità “cittadini” (il termine è usato in un senso molto generico, distinto dal concetto tecnico di cittadinanza); (ii) Fissa limiti ai poteri delle autorità: limiti “orizzontali”, limitando i poteri di certe autorità nei confronti dei poteri di altre autorità; e limiti “verticali”,

limitando i poteri di tutte o di certe autorità nei confronti dei cittadini. Se identifichiamo il diritto con le norme espresse da, e fondate su, la Costituzione del 1948, il dovere di obbedire al diritto comprenderà il dovere dei *cittadini* di obbedire alle autorità istituite dalla Costituzione, e il dovere delle *autorità* di rispettare i limiti, orizzontali e verticali, che la Costituzione impone ai loro poteri. Per indicare genericamente sia il dovere dei cittadini che il dovere delle autorità possiamo parlare anche di “dovere di rispettare la Costituzione”. La questione oggetto di discussione sarà dunque: su quali valori può fondarsi il dovere di rispettare la Costituzione?

In secondo luogo, dobbiamo selezionare un piccolo numero di valori, più o meno plausibili, a cui i nostri interlocutori potrebbero fare ricorso. Non sarà necessario discutere a fondo questi valori, costruirli in modo rigoroso, vagliare la loro maggiore o minore plausibilità, e tutte le difficoltà da cui potrebbero essere affetti: ai nostri fini, sarà sufficiente richiamarli alla mente in modo sbrigativo.

Ci sarà utile distinguere due *tipi* di valori che possono fondare il dovere di obbedire ad una norma: valori indipendenti dal contenuto della norma stessa, e valori dipendenti dal contenuto o “sostanziali”. Se applichiamo questa distinzione al dovere di rispettare la Costituzione, saranno valori indipendenti dal contenuto quelli che fondano il dovere di rispettare la Costituzione *qualunque sia il suo contenuto*; e valori dipendenti dal contenuto o sostanziali quelli che fondano il dovere di rispettare la Costituzione proprio in virtù del suo contenuto.

Valore del documento. Dobbiamo osservare le norme della Costituzione proprio perché... sono scritte nella Costituzione. Dobbiamo rispettare la Costituzione proprio perché... esiste come documento scritto. Il valore della Costituzione sta nel fatto stesso di essere stata scritta; possiamo per questo parlare del “valore del documento”. Il valore del documento è un valore indipendente dal contenuto: si deve rispettare la Costituzione non perché ha un certo contenuto, ma perché è stata scritta. Questa risposta sembra avere qualcosa di gravemente incompleto, e molti dei nostri interlocutori immaginari non se ne lascerebbero convincere: ammettiamo pure che, per qualche misteriosa virtù, la parola scritta abbia il potere di dirci cosa dobbiamo fare, per il solo fatto di essere scritta, indipendentemente dal suo contenuto. Ma perché proprio la parola scritta *in quel documento*, fra i tanti esistenti?

Valore del costituente democratico. Questa domanda ci conduce ad un secondo valore possibile. Vi sono altri testi che, per molti, avrebbero un titolo ben maggiore per dirci ciò che dobbiamo fare: ad esempio, la Bibbia. Perché dobbiamo fare ciò che c'è scritto nella Costituzione, e non ciò che c'è scritto nella Bibbia? Il valore del documento richiama in effetti proprio il valore che

certe religioni conferiscono ai testi sacri, presupponendo che siano espressione della “volontà” di Dio! Ma, se anche alcuni dei nostri interlocutori credessero in un Dio che emana la sua volontà tramite testi, pochi sarebbero disposti a credere che la Costituzione del 1948 sia uno di essi! Il pensiero moderno ha avuto, in questo senso, il suo vero e proprio *deus ex machina*, il “titolare del potere costituente”. Si deve fare quello che nella Costituzione c’è scritto di fare perché è stata scritta dal *titolare del potere costituente*. Ma chi è il titolare del potere costituente? Sono molte le risposte possibili, ma quella forse più familiare per noi e per i nostri interlocutori immaginari è: il popolo che agisce in forma democratica, votando per la Repubblica ed eleggendo l’Assemblea costituente come suo rappresentante. Possiamo perciò parlare di “valore del costituente democratico”.

Supponiamo che alcuni dei nostri interlocutori accettino la risposta fondata sul valore del costituente democratico come una risposta sensata, comprensibile, e in parte convincente. Essa però sembrerà a molti altri un po’ eccessiva. Perché, si chiederanno, dovrebbe essere proprio il popolo del 1948 (i nostri padri, nonni, o bisnonni!) a dirci cosa noi dobbiamo fare *oggi*, in un mondo per tanti aspetti diverso dal loro? Il fatto che la Costituzione sia stata scritta dal costituente democratico ci sembra davvero una ragione sufficiente per obbedire alle sue norme? Quali altri valori potrebbero sostenere il dovere di rispettare la Costituzione?

Valore dell’ordine. L’ordine sociale, potranno ritenere alcuni, è un valore, e per mantenere l’ordine sociale è necessaria l’autorità, o meglio, è necessaria un’autorità *effettiva*, ossia un’autorità i cui comandi sono obbediti, almeno nelle grandi linee. Se riconosciamo il valore dell’ordine sociale, dobbiamo riconoscere il valore dell’autorità effettiva, come mezzo per ottenere l’ordine sociale. Le autorità istituite dalla Costituzione sono, nelle grandi linee, effettive. Ma, si potrebbe sostenere, l’effettività è sempre fragile: l’ordine sociale è sempre sottoposto al rischio di disgregarsi nel disordine. La disobbedienza all’autorità, in particolare, ha un potere fortemente distruttivo, perché, se raggiunge un certo livello, genera altra disobbedienza, in una catena irrefrenabile (chiunque si sia trovato a mantenere una qualche forma di ordine in un gruppo di persone lo sa bene: c’è una soglia di disobbedienza oltre la quale qualsiasi mezzo, i toni più severi, le minacce più feroci, diventano del tutto inefficaci...). Noi non possiamo mai sapere quale sia il livello di disobbedienza tollerabile, il livello entro il quale l’autorità si mantiene effettiva; dunque, se disobbediamo, corriamo il rischio di disgregare l’effettività dell’autorità, e di pregiudicare così il valore dell’ordine! Se dunque riconosciamo il valore dell’ordine, dovremo riconoscere che abbiamo il dovere di obbedire all’autorità effettiva. La Costituzione pone un’autorità effettiva: dunque, dobbiamo rispettare la Costituzione. Questo argomento vale anzitutto per i

cittadini, per fondare il loro dovere di assoggettarsi alle autorità istituite dalla Costituzione; ma potrebbe valere anche per le autorità, per fondare il loro dovere di rispettare i limiti, orizzontali e verticali, posti al loro potere dalla Costituzione, se si ritenesse che la violazione dei limiti da parte di una singola autorità possa mettere a rischio l'effettività dell'autorità nel suo complesso, e con essa il valore dell'ordine.

Sia il valore del costituente democratico che il valore dell'ordine sono valori indipendenti dal contenuto: si deve rispettare la Costituzione perché è stata posta dal costituente democratico istituendo un sistema di autorità effettivo, capace di garantire l'ordine sociale, qualsiasi sia questo sistema di autorità, e qualsiasi siano le norme da esso poste. Molti dei nostri interlocutori, però, riterranno che non possiamo accontentarci di valori indipendenti dal contenuto. Se abbiamo il dovere di rispettare la Costituzione, penseranno, non è soltanto perché essa è stata posta dal costituente democratico istituendo una qualsiasi autorità effettiva, ma proprio perché ha istituito un'autorità effettiva dotata di una certa struttura, assoggettata a certi specifici limiti. Se così non fosse, non avremmo affatto il dovere di rispettare la Costituzione! Se il costituente democratico, ad esempio, avesse istituito un sistema di autorità autocratico e gravemente razzista, anche se esso fosse effettivo non avremmo affatto il dovere di rispettarlo, anzi, avremmo forse il dovere di rovesciarlo!

Valore della democrazia. Le autorità istituite dalla Costituzione non sono *qualsiasi* autorità, ma autorità strutturate secondo il valore della democrazia, che incorpora il valore dell'eguale libertà (politica) di tutti i cittadini. Alcune delle più alte cariche dello Stato, almeno quelle che detengono il maggior potere (il potere di emanare *ex novo* norme generali, detenuto dal Parlamento; il potere di mettere in moto la macchina esecutiva, detenuto dal Governo; il potere di controllo istituzionale e di scioglimento delle Camere, detenuto dal Presidente della Repubblica), sono infatti, secondo la Costituzione, direttamente o indirettamente selezionate attraverso il voto liberamente espresso, in condizioni di uguaglianza, da tutti i cittadini maggiorenni (suffragio "quasi" universale, in quanto ne sono esclusi i sottoposti all'autorità che *non sono* cittadini in senso tecnico). Ciò corregge la natura fondamentalmente aristocratica, illiberale e inegualitaria dell'autorità (i pochi governano sui molti, limitando la loro libertà): se ha una forma democratica, l'autorità è in qualche modo espressione della volontà libera e uguale di tutti. Così, riterranno alcuni interlocutori, dobbiamo rispettare la Costituzione in virtù del valore della democrazia, a sua volta fondato sul valore dell'eguale libertà (politica) di tutti i cittadini.

Valore dei diritti. Ma il valore della democrazia può fondare il dovere dei cittadini di rispettare le autorità democraticamente elette, nonché il dovere

delle autorità non democraticamente elette di non travalicare i poteri delle autorità democraticamente elette. Ma non può fondare il dovere delle autorità democraticamente elette di rispettare i limiti, orizzontali e verticali, che la Costituzione pone ai loro poteri! E proprio per questo, per molti dei nostri interlocutori, il valore della democrazia non può essere sufficiente. Essi ragioneranno più o meno così: una maggioranza può sempre fare leggi gravemente ingiuste, e noi dovremmo osservarle egualmente solo perché sono fatte dalla maggioranza? Ecco allora profilarsi un nuovo valore, il valore dei diritti: è proprio per questo che bisogna rispettare la Costituzione, perché riconosce i diritti individuali di *tutti* (anche di coloro che non fanno parte della maggioranza) come limiti verticali ai poteri dell'autorità, imponendole di non violare certe libertà di tutti (diritti di libertà: libertà personale, espressione, movimento, associazione, riunione, eccetera), e di promuovere l'uguaglianza sostanziale di tutti, cioè l'ottenimento, per tutti, di almeno un minimo di benessere (diritti sociali: salute, lavoro, istruzione, eccetera). Chi fra i nostri interlocutori riconoscerà il valore dei diritti, potrà fondare su di esso il dovere di rispettare la Costituzione.

Valore del costituzionalismo. Alcuni però, i più diffidenti, potrebbero non essere ancora soddisfatti. Cosa assicura infatti ai cittadini che l'autorità rispetti i limiti che la Costituzione le impone? Che l'autorità non violi la libertà che la Costituzione riconosce a tutti, o che promuova per tutti l'uguaglianza sostanziale? Perché mai dovremmo rispettare una Costituzione che attribuisce dei "diritti di carta"? Perché dovremmo rinunciare al nostro potere coercitivo a favore di autorità che, se volessero, potrebbero calpestare i nostri diritti? In definitiva, non lo dimentichiamo, il sistema di autorità istituito dalla Costituzione realizza, o tenta di realizzare, una profonda asimmetria nella distribuzione dello strumento coercitivo per eccellenza, le armi... Perché mai dovremmo accettare una simile asimmetria, che sembra metterci alla mercé di chi dirige la struttura autoritativa? Una risposta tipica potrebbe essere questa: l'organizzazione del potere prevista dalla Costituzione è tale da assicurare che, *di fatto*, l'autorità rispetti, almeno nelle grandi linee, i diritti. E ciò attraverso alcuni meccanismi istituzionali, il più importante dei quali è il controllo della costituzionalità delle leggi. La Costituzione prevede infatti un organo, la Corte Costituzionale, che ha il potere di annullare le leggi che violano i diritti, espressione dei valori della libertà e dell'uguaglianza. Possiamo chiamare questo valore "valore dell'autorità controllata", o "valore del costituzionalismo". Il valore del costituzionalismo, e in particolare il ruolo della Corte costituzionale, del resto, per non incorrere immediatamente in paradossi (chi controlla la Corte costituzionale?) vanno inquadrati in un contesto più ampio, che è il modo specifico in cui il costituzionalismo contemporaneo declina il principio della

separazione dei poteri. In uno Stato costituzionale come quello italiano, il potere supremo è infatti frammentato tra diversi organi, che, si assume, si controllano a vicenda, anche solo per mantenere il proprio potere e le proprie prerogative. Il supremo potere normativo, ossia il potere di emanare norme “in ultima istanza” (norme che possono modificare, riformare o annullare le norme emanate da altri organi, ma non possono essere modificate, riformate, annullate dalle norme emanate da altri organi) è *distribuito* fra: le Corti di ultima istanza per le norme individuali che applicano norme generali (le sentenze che applicano la legge); il Parlamento per l’emanazione *ex novo* di norme generali (anche su delega al governo, o dietro conversione in legge di suoi decreti straordinari); la Corte costituzionale per l’annullamento, la riforma, l’integrazione delle norme generali emanate dal Parlamento. La Corte costituzionale, che sembra avere il maggior potere, in quanto può annullare le norme emanate dal Parlamento, non può però agire di sua iniziativa, scegliendo quale materia regolamentare. E del resto, il supremo potere coercitivo, ossia il potere di disporre attraverso catene di comando dirette l’implementazione coercitiva del diritto, non è assegnato alla Corte costituzionale, ma al Governo, che è controllato dal Parlamento. Il valore del costituzionalismo pretende così di supportare il valore dei diritti: dobbiamo rispettare la Costituzione, perché essa non si limita a riconoscere diritti di carta, ma organizza una struttura di autorità che li garantisce di fatto, almeno nelle grandi linee.

Se articoliamo insieme tutte queste risposte (con eccezione della prima, che era una risposta un po’ singolare) avremo una risposta del genere, che potrebbe soddisfare alcuni dei più diffidenti fra i nostri interlocutori. Perché dobbiamo obbedire al diritto fondato sulla Costituzione del 1948? E in particolare, perché i cittadini devono obbedire alle autorità da essa istituite? Perché si tratta di autorità effettive, istituite dal costituente democratico, a loro volta democratiche, limitate dai diritti, e controllate. Questa risposta può essere indicata con la comoda etichetta di “costituzionalismo dei diritti”.

Il costituzionalismo dei diritti sembrerebbe essere una risposta alla questione sul perché obbedire al diritto in grado di soddisfare un gran numero di interlocutori immaginari (o meglio, di interlocutori immaginari operanti entro un contesto caratterizzato da una forte pressione per il riconoscimento dei diritti individuali). Esso infatti tenta di declinare insieme un complesso di valori sostanziali diversi, rendendoli interdipendenti; tenta, in particolare, di intrecciare insieme il valore dell’autorità effettiva, che può tipicamente fondare il dovere dei cittadini di obbedire ad essa, accettando l’asimmetria nella distribuzione del mezzo coercitivo per eccellenza, le armi; e il dovere delle autorità di rispettare i limiti verticali e orizzontali posti ai propri poteri. Ciò attraverso argomenti di questo

tenore: l'autorità può essere effettiva solo se garantisce nel complesso i diritti individuali e la democrazia, può garantire i diritti individuali e la democrazia solo se è controllata, dunque le autorità devono rispettare i limiti a cui la Costituzione assoggetta i loro poteri (il valore dell'autorità effettiva è quello a cui possono tipicamente ricorrere le autorità per giustificare la violazione dei limiti ai propri poteri, allegando che tale violazione sia necessaria per mantenere l'ordine sociale); i diritti possono essere garantiti solo se l'autorità è effettiva, dunque i cittadini devono obbedire alle norme poste dalle autorità democratiche e controllate (il valore dei diritti è quello a cui possono tipicamente ricorrere i cittadini per giustificare la propria disobbedienza alle autorità, allegando che tale violazione sia necessaria per garantire i diritti violati dalle autorità).

In questo senso, il costituzionalismo dei diritti costituisce un grande sforzo di "legittimazione razionale" del diritto, che supporta la capacità di convinzione che potrebbe essere esercitata da valori indipendenti dal contenuto (come il valore del documento e il valore del costituente democratico) con valori sostanziali combinati in modo tale da intrecciare insieme, in modo inestricabile, il dovere delle autorità e il dovere dei cittadini di rispettare la Costituzione¹.

¹ Questa presentazione del costituzionalismo dei diritti è, ovviamente, una drastica semplificazione, che tenta di coglierne lo spirito e la struttura di fondo in un modo che sia facilmente maneggiabile. Mi sembra opportuno, in nota, aggiungere il riferimento ad un valore che completa, in senso pluralistico, la lista dei valori su indicati. La garanzia offerta dal valore del costituzionalismo, infatti, consiste in definitiva in una particolare articolazione del principio della separazione dei poteri: ciò che ci assicura che l'autorità rispetti, di fatto, i limiti verticali e orizzontali che la Costituzione impone ai suoi poteri sono... le altre autorità, che tentano di difendere le proprie prerogative. A chi è davvero diffidente, però, anche questo non apparirà sufficiente: cosa ci assicura infatti che le autorità nel loro complesso, agendo di comune accordo, non violino i limiti *verticali* che la Costituzione impone ai loro poteri? Che, in particolare, non violino sistematicamente i diritti di una parte dei sottoposti? Non è difficile che si crei una situazione di *egemonia* economica e culturale tale che, di fatto, i vertici delle autorità statali siano occupati da un'unica *élite*, con forti interessi comuni, e che ciò vanifichi l'efficacia del sistema di garanzie offerto dal principio della separazione dei poteri... Un modo di rispondere, parzialmente (e ambigualmente) recepito nella Costituzione del 1948, è il *valore della sovranità popolare declinato in senso pluralistico*: sovranità popolare non vuol dire soltanto democrazia, vuol dire una distribuzione del potere politico, economico, culturale tale da impedire concentrazioni ed egemonie. In un periodo di forte contrapposizione ideologica riguardo alla forma di organizzazione del lavoro, ciò si esprimeva, oltre che nel dovere dello Stato di promuovere i diritti sociali, nel significato attribuito alla protezione del diritto di sciopero e delle libertà sindacali. Il diritto di sciopero e le libertà sindacali, intese nel senso di una sovranità popolare pluralistica, erano infatti qualcosa di più che "libertà individuali": erano la garanzia effettiva di una condizione di pluralismo sociale,

4. *Conflitti normativi*

Lo scopo di questo articolo è evocare alcuni problemi posti dal disaccordo sul diritto, inteso come un disaccordo che genera conflitti in ordine al dovere normativo, idee diverse su cosa si ha il dovere normativo di fare: possiamo chiamarli “*conflitti normativi*”.

Molti dei nostri interlocutori immaginari potrebbero essere in disaccordo sui presupposti di fondo dei valori a cui abbiamo fatto riferimento. Alcuni ad esempio (è il caso dei difensori dell’anarchia) contesteranno l’idea che l’autorità sia necessaria per raggiungere l’ordine sociale. Altri (è il caso dei difensori dell’autocrazia o del totalitarismo) contesteranno gli stessi valori dei diritti, della democrazia, del costituzionalismo, eccetera. Per adesso cancelleremo dalla nostra immaginazione queste e le numerose altre possibili figure di dissidenti estremi, e prenderemo in considerazione soltanto i conflitti normativi, o meglio, alcune ipotesi radicali di conflitti normativi, che potrebbero intercorrere tra coloro che, invece, condividono i nostri presupposti di fondo: i conflitti normativi che potrebbero insorgere tra chi accetta il costituzionalismo dei diritti.

Per farlo è necessario introdurre alcuni gravi difficoltà, banali per il lettore giurista, ma meno evidenti per chi non abbia pratica con il diritto. La Costituzione è un testo, un testo scritto. Un testo scritto ci dice cosa dobbiamo fare in un modo molto diverso da come potrebbe dircelo un essere umano in carne ed ossa, perché ce lo dice una volta per tutte, con le stesse parole qualunque sia la situazione concreta rispetto alla quale vogliamo sapere come dobbiamo comportarci. Si presenta un certo caso X, e vogliamo sapere cosa dobbiamo fare in X: quel testo offre, come risposte, un complesso di frasi; si presenta un diverso caso Y, e vogliamo sapere cosa dobbiamo fare in Y: quel testo offre, come risposte... lo stesso complesso di frasi! Ciò provoca i seguenti problemi:

Problema dell’interpretazione in senso stretto. Un testo ci dice qualcosa nella misura in cui gli attribuiamo o riconosciamo un significato: ma una caratteristica del linguaggio è che *uno stesso enunciato* (una stessa frase) può avere, in virtù delle stesse regole linguistiche convenzionali seguite da chi ne fa uso, più significati incompatibili. Il linguaggio è, in una certa misura, *equivoco*, esprime più cose tramite le stesse parole. Lo stesso può

che contrastasse di fatto la formazione di concentrazioni di potere; erano la garanzia effettiva di una distribuzione del potere tra “capitale” e “lavoro”. Discorso analogo potrebbe farsi riguardo al pluralismo della concorrenza, al pluralismo dell’informazione, eccetera. Far riferimento al valore della sovranità popolare nei paragrafi che seguono renderebbe il discorso certamente più concreto, ma molto più difficilmente maneggiabile.

dirsi degli enunciati che esprimono norme, che sono chiamati “disposizioni”: non è raro il caso che una disposizione possa esprimere, secondo le convenzioni linguistiche, più di una norma. Ma quel che è peggio, è che di questa equivocità non ci si rende del tutto conto “in astratto”, ma soltanto in concreto, a fronte di un caso di applicazione. Si prenda ad esempio il caso dell’art. 59, comma 2, della Costituzione, che recita: “*Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario*”. Ebbene, questa disposizione va intesa nel senso che *ciascun* Presidente della Repubblica può nominare cinque senatori a vita, o nel senso che i senatori nominati dal Presidente della Repubblica inteso come carica istituzionale non possono essere più di cinque? La disposizione è equivoca, ma è molto difficile notare l’equivocità in astratto, prima che un Presidente della Repubblica, essendovi già cinque senatori di nomina presidenziale, pretenda di nominarne altri...

Non solo. A volte è possibile che chi ha formulato l’enunciato, il suo autore, si sia espresso “male”, abbia violato una qualche convenzione linguistica stabile: in questo caso ci sarà una differenza tra il significato “letterale” dell’enunciato da lui prodotto, e il significato che intendeva esprimere. Ma a ben vedere questa differenza non è causata soltanto da errori nell’uso del linguaggio, ed è in una certa misura fatale. Quando infatti diciamo qualcosa di appena un po’ articolato, *presupponiamo* un modo in cui chi ci ascolta interpreterà le nostre parole, e questo modo, generalmente, *non coincide* con il significato che le parole che usiamo avrebbero in assenza di quell’interpretazione presupposta. Se, ad esempio, in un momento di chiasso durante una lezione un professore dicesse “Da questo momento voglio nell’aula un silenzio completo!”, presupporrebbe che questa sua affermazione venga interpretata come un comando rivolto agli studenti, e non anche come un impegno da parte sua a non parlare più! Ma effettivamente il significato “letterale” delle sue parole (il significato che esse avrebbero prescindendo da quel contesto e da quell’interpretazione presupposta) sembrerebbe comportare che... anche lui non debba più parlare! Chi volesse cavillare potrebbe farglielo notare, e nel diritto, come tutti sanno, si cavilla sempre. Chi “cavilla”, del resto, non fa altro che mettere in questione una presupposizione tacita, creando così una differenza tra significato letterale e intenzione che prima non c’era, o quanto meno non era percepita.

Antinomie. Il secondo problema è quello delle *antinomie*: è possibile che le interpretazioni più plausibili di uno stesso testo siano tali da generare norme incompatibili, in quanto l’adempimento dell’una comporta il non adempimento dell’altra, o rende impossibile l’adempimento dell’altra. Ciò accade tipicamente per le norme espresse dalla Costituzione, che attribuiscono una molteplicità di diritti fonte di antinomie, in quanto la

completa soddisfazione di uno di essi comporta necessariamente la limitazione (a volte totale) degli altri.

Defettibilità. Il terzo problema, connesso ai precedenti, è quello che ci interessa di più. La questione è semplice. Supponiamo che un testo possa essere facilmente interpretato come esprime la norma N che regola una classe di circostanze prevedendo che, in quelle circostanze, ci si debba comportare in un certo modo: in una formulazione schematica “Se C, si deve fare A”. Ebbene, questa norma va intesa come una norma *indefettibile*, che si deve applicare sempre e comunque qualora si verifichino le circostanze C, ovvero come una norma *defettibile*, che in certi casi eccezionali può non applicarsi *anche se* si sono verificate le circostanze C? Prometto ad un amico che, se supererà un esame, lo inviterò la sera stessa a mangiare una pizza; il mio amico supera l’esame, ma quella sera stessa mi si presenta un’ottima opportunità di lavoro. Devo rinunciare al lavoro perché ho promesso, ovvero si sono presentate circostanze eccezionali che sospendono il dovere derivante dalla promessa?

È proprio dall’intersezione di questi problemi che possono derivare gravi conflitti normativi anche tra chi condivide i nostri presupposti di fondo, anche tra chi accetta il costituzionalismo dei diritti.

5. *Alcune discussioni immaginarie (ma non troppo)*

Immaginiamo che tutti i nostri interlocutori siano in linea di massima d’accordo con tutti i nostri valori (prescindiamo per ora dal valore del documento, vedremo tra poco quale potrebbe essere il suo ruolo), ritengano che tutti i nostri valori siano sensati, e fondino, declinati assieme, il dovere di rispettare la Costituzione: tutti i nostri interlocutori accettano il costituzionalismo dei diritti. Sulla base di questo presupposto, proviamo adesso ad immaginare, con una notevole dose di semplificazione e arbitrio, una situazione fittizia che si traduce in conflitti normativi, e in discussioni che li esprimono.

Prima discussione. Siamo in Italia nel 2025, e vige ancora inalterata la Costituzione del 1948 nella sua forma attuale (situazione, in effetti, poco realistica!). Il paese è spaccato fra due forze politiche, i gialli e i verdi. I gialli hanno in Parlamento la maggioranza assoluta, ma non qualificata (dispongono, ad esempio, del 60% dei voti); i verdi sono comunque una forza politica consistente ed influente. La situazione sociale è molto tesa. Si sono verificati anche una serie di attentati e di scontri per le strade, di cui sono rimasti vittime sia gialli che verdi.

Il governo giallo emana un decreto legge (lo chiameremo il “decreto giallo”) e convoca il giorno stesso, in via straordinaria, il Parlamento (controllato dalla maggioranza gialla) per la conversione in legge del decreto (art. 77 comma 2 Cost.). Il decreto giallo è una chiara violazione dell’art. 13 della Costituzione. L’art. 13, infatti, recita che: “1. *La libertà personale è inviolabile.* 2. *Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.* 3. *In casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*” Il decreto giallo, invece: (i) Asserisce che la sicurezza della Repubblica è messa in gravissimo pericolo a causa della forte tensione sociale; (ii) Autorizza, per un periodo di due mesi a decorrere dall’emanazione del decreto, l’autorità di pubblica sicurezza (le forze armate usate in funzione di pubblica sicurezza) ad adottare, in via straordinaria, provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale che *non saranno soggetti a convalida* da parte dell’autorità giudiziaria (potranno prolungarsi per tutta la durata dello stato di emergenza senza che la magistratura abbia alcun titolo per intervenire, confermandoli o annullandoli). Il decreto giallo, in altri termini, dichiara il cosiddetto “stato di emergenza” (o “stato di eccezione”).

Il nostro primo interlocutore è il Presidente del Consiglio del governo italiano in carica: lo chiameremo “Presidente giallo”. Presentando al Parlamento il decreto giallo di cui è chiesta la conversione in legge, il Presidente giallo sostiene che: (i) È vero che il decreto giallo urta con la lettera dell’art. 13, ma solo fino ad un certo punto, perché l’art. 13 non si autoqualifica come indefettibile, e riconosce esso stesso, nel suo terzo comma, un’eccezione a quanto stabilito nel secondo comma; (ii) Il decreto giallo non urta contro la Costituzione nel suo complesso. Le misure straordinarie da esso adottate, infatti, non servono a sovvertire l’ordine costituzionale, ma servono a *ripristinare la situazione di fatto in cui l’autorità istituita dalla Costituzione può essere effettiva*. La tensione sociale è tale, dice il Presidente giallo, che vi è il rischio di un crollo totale dell’ordine e dell’inizio di una guerra civile, che pregiudicherebbe alla base l’effettività delle autorità costituzionali: non si potrebbe dar luogo ad elezioni, a sedute parlamentari, al funzionamento normale della magistratura, della pubblica sicurezza, dell’istruzione, degli ospedali, della produzione industriale eccetera, e dunque non si potrebbe assicurare più l’ordinaria tutela dei diritti. Per fronteggiare una situazione così straordinaria ci vogliono mezzi straordinari che, se anche violano la lettera della Costituzione, sono

comunque giustificati dalla sua sostanza, in quanto servono a rendere possibile il rispetto delle sue norme, dei valori sostanziali in essa incorporati; in particolare, servono a rendere possibile la tutela dei diritti.

Il Presidente giallo, pur difendendo un provvedimento che viola il valore dei diritti, non contesta questo valore, anzi lo afferma. Egli sostiene proprio che per proteggerlo è *necessario violarlo*. Perché? Perché l'unico modo per proteggere i diritti (così sostiene il Presidente giallo) è, *nella situazione straordinaria in cui concretamente ci si trova*, ripristinare l'ordine. Il valore dell'ordine, sostiene il Presidente giallo, viene in qualche modo prima del valore dei diritti: non nel senso che dobbiamo accettare un ordine privo di diritti, ma nel senso che non è possibile, di fatto, che siano garantiti i diritti se non c'è ordine (e, dunque, se non c'è autorità effettiva). O meglio: per garantire i diritti *nell'insieme e a lungo termine*, è necessario sospendere ora e a breve termine alcuni diritti. In termini più tecnici, il Presidente giallo sta sostenendo che le norme che attribuiscono diritti, tra cui l'art. 13, sono *defettibili* in virtù del valore dell'ordine, in quanto il valore dell'ordine è strumentale alla stessa tutela dei diritti *nell'insieme e a lungo termine*.

Dopo il discorso del Presidente giallo si crea un violento trambusto tra le file dell'opposizione verde, e prende la parola il capo-gruppo, che chiameremo "Capo-gruppo verde". Il Capo-gruppo verde sostiene che: (i) Il decreto giallo è manifestamente incostituzionale, per gravissima violazione dell'art. 13; (ii) Le norme della Costituzione si devono intendere come norme *indefettibili*, che possono essere superate solo in virtù di altre norme costituzionali *espresse*; (iii) Il costituente democratico ha scelto di non includere nessuna norma espressa che riconoscesse il potere di dichiarare lo stato di eccezione e di sospendere i diritti costituzionali, e questa assenza di disciplina va intesa come un *diniego* del potere stesso; (iv) Il diniego dello stato di emergenza da parte del costituente democratico va preso molto sul serio. La Costituzione è stata scritta: *a*. Al termine di una guerra mondiale, scatenata da un regime, il regime nazista, che era salito al potere *proprio* attraverso la dichiarazione dello stato di emergenza, poi prolungato indefinitamente; *b*. Al termine di una guerra civile interna provocata da un regime, il regime fascista, che non aveva affatto cura dei diritti individuali, completamente piegati alle necessità dello Stato (il che vuol dire: alle necessità di chi governa la macchina statale). È proprio tutto questo che il costituente democratico ha, in un momento di profonda consapevolezza storica, voluto evitare stabilendo che i diritti fossero limiti invalicabili per l'autorità; (v) Il senso profondo della Costituzione non sta in una protezione dei diritti astratta, a lungo termine, nell'insieme, ma in una protezione concreta, immediata, particolare. Se si rinuncia a questa protezione non c'è il rischio che la Costituzione crolli in futuro, ma qualcosa di molto peggio: c'è la certezza che la Costituzione è già crollata nel presente.

Come interpretare il discorso del Capo-gruppo verde nei termini dei nostri valori? Il Capo-gruppo verde sostiene che i diritti *non sono defettibili* in virtù del valore dell'ordine, nemmeno se ciò possa servire ad una migliore protezione dei diritti nell'insieme e a lungo termine; sostiene che, in campo di diritti, le possibilità di compressione indicate dalla Costituzione sono tassative; che ciò è proprio il modo in cui va interpretata la volontà del costituente democratico, e che tale volontà va presa sul serio, perché il costituente democratico *sapeva quello che faceva*. Questo argomento è un argomento nuovo, che non abbiamo ancora incontrato, e sul quale vale la pena di soffermarsi brevemente: possiamo chiamarlo "argomento dell'autorevolezza del costituente democratico". Il Capo-gruppo verde non fa appello al mero valore del costituente democratico inteso come valore indipendente dal contenuto; non dice che non si possono sospendere i diritti previsti dalla Costituzione perché il costituente democratico ha detto che non si possono sospendere, e per nessun'altra ragione. Egli dice che, se il costituente democratico non ha previsto che i diritti potessero essere sospesi quand'anche ciò apparisse necessario allo scopo di garantirli meglio nell'insieme e a lungo termine, non l'ha fatto a caso, ma per scelta deliberata; e dato il momento storico di grande consapevolezza in cui il costituente ha fatto le sue scelte, possiamo fidarci, possiamo credere che queste scelte siano le scelte migliori, più giuste. Il costituente democratico ha, potremmo dire, "autorevolezza". In virtù dell'autorevolezza del costituente democratico, possiamo fidare nel fatto che il miglior equilibrio tra il valore dell'ordine e il valore dei diritti è sempre quello *espressamente* previsto nella Costituzione.

Il Presidente giallo prende di nuovo la parola, e replica dicendo che: (i) Nessuno contesta che il valore fondamentale sia il valore dei diritti: un ordine senza diritti non sarebbe affatto un valore. E nessuno contesta nemmeno che l'ordine stabilito dalla Costituzione sia il migliore: solo che è il migliore in circostanze *ordinarie*, e non in circostanze *straordinarie*; (ii) È vero, il costituente non ha previsto lo stato di emergenza, ma non l'ha neanche escluso. Supponiamo però che lo avesse escluso. Supponiamo che nella Costituzione vi fosse una disposizione del tipo "È fatto divieto assoluto, *anche in casi straordinari*, di emanare leggi che sospendano, comprimano, limitino i diritti al di là dei casi espressamente previsti dalla Costituzione". Ciò non sarebbe ancora un argomento insuperabile. È vero, il costituente democratico la sapeva lunga, e bisogna considerare con grandissima attenzione le sue scelte: ma ciò non vuol dire che fosse infallibile. Ciò vuol dire solo che, al momento di andare contro ciò che esso ha disposto, bisogna pensarci bene. Ma se, proprio pensandoci bene, ci si rende conto che per tutelare i valori sostanziali recepiti dalla Costituzione bisogna andare contro ciò che il costituente democratico ha espressamente scritto,

allora bisogna farlo. L'autorevolezza del costituente democratico non è assoluta: dobbiamo sempre ragionare con la nostra testa, anche quando consideriamo in una luce speciale il parere di altri.

A questo punto, dalle file dei verdi si alza un parlamentare e dice: "Questo è assurdo. Lei signor Presidente sta distruggendo il diritto. Il diritto è la Costituzione, e che la Costituzione sia diritto vuol dire proprio questo, che si deve fare quello che la Costituzione dice proprio perché lo dice la Costituzione, proprio perché *c'è scritto lì*. Non dobbiamo neanche stare tanto a pensare cosa il costituente democratico ha voluto dire, o cosa avrebbe voluto dire se avesse pensato a situazioni a cui non ha pensato; ciò che conta è quello che ha detto, è il testo inteso quanto più possibile in senso letterale; se cominciamo a pensare che il testo può sempre essere superato da valori sostanziali, in nome del suo "vero" senso, che si possono fare eccezioni che non sono indicate in virtù dei valori alla cui tutela il testo dovrebbe servire, allora lasciamo la strada aperta all'arbitrio, e il diritto non esiste più".

Il parlamentare verde sta tirando in ballo il valore del documento, non come valore in sé, ma come valore strumentale al costituzionalismo, come valore che serve a limitare il potere delle autorità. Lo scritto è ormai lì, fissato, separato dalla volontà di chi lo ha posto e dalla volontà di chi, interpretandolo, cerca di piegarlo alle proprie esigenze.

Ancora una volta il Presidente giallo replica: "È vero, bisogna rispettare la lettera del testo quanto più possibile, è questo il senso principale del diritto. Ma non è l'unico senso: non bisogna rispettare la lettera *anche quando ciò condurrebbe a decisioni del tutto irragionevoli*. Del resto, la nostra pratica costituzionale non è piena di casi in cui la lettera della Costituzione non è affatto rispettata, e nessuno lo contesta? La Corte costituzionale, per esempio, non ha aumentato enormemente il catalogo dei diritti espressamente riconosciuti? Ed in virtù di nuovi diritti, non riconosciuti espressamente, non ha forse violato il principio democratico, dichiarando incostituzionali leggi votate dal Parlamento? Vorrete dire che questo modo di procedere è illegittimo? Non mi state a parlare del valore del documento come se fosse l'unico valore: se dovessimo basarci solo su di esso non potremmo mai applicare la Costituzione, perché non potremmo mai risolverne le innumerevoli antinomie. La Costituzione, qualsiasi idea sensata di Costituzione, non è solo forma, è anche sostanza, e la sostanza è data da valori sostanziali da realizzare in modi e forme che sono dettati *anche* dalla situazione di fatto. E in questa situazione straordinaria, se volete realizzare i diritti, che sono il fine a cui servono il valore del costituzionalismo e il valore del documento, allora dovete accettare di violare eccezionalmente il valore del costituzionalismo e il valore del documento. Altrimenti è come se diceste che il documento vale in sé, il

che è assurdo; o che l'autorità deve essere limitata in sé, non per garantire i diritti, ma per il solo gusto di limitarla. Le vostre idee sono idee che dicono *fiat iustitia, pereat mundus*; mentre noi crediamo che vi sia giustizia solo nella salvezza del mondo!”.

È, più o meno, una discussione plausibile sulla base dei nostri valori, che denuncia un profondo conflitto normativo nonostante l'accettazione comune dei presupposti di fondo (nessuno degli interlocutori avanza argomenti anarchici, autocratici, totalitaristi). Possiamo segnalare molto sinteticamente altri tipi di discussioni di struttura molto simile.

Seconda discussione. Supponiamo che i gialli, dopo aver votato il decreto giallo, ottengano anche che il Presidente della Repubblica lo emani (art. 87 comma 5 Cost.). Supponiamo anche che la Corte costituzionale (immediatamente adita tramite questione pregiudiziale di costituzionalità sollevata da un giudice presso il quale si agiva *contro* l'autorità di pubblica sicurezza accusata di violazione illegittima della libertà personale) dia ragione al Presidente giallo, respingendo come infondata la questione di costituzionalità del decreto giallo (art. 134 comma 1 Cost.). I verdi accusano la stessa Corte costituzionale, oltre al Presidente giallo, al Presidente della Repubblica e al Parlamento, di gravissima violazione della Costituzione, e invitano: (i) le autorità di pubblica sicurezza a non applicare il decreto; (ii) i cittadini a disobbedire a, e resistere anche con la forza contro, le autorità di PS che tentino di applicare il decreto; (iii) i giudici a procedere contro le autorità di PS che applicano il decreto. Immaginiamo ad esempio che, mentre le forze armate seguono il governo giallo, buona parte dei giudici, la polizia, parte dei cittadini seguano i verdi: si arriverà inevitabilmente alla guerra civile. Ma *chi ha ragione?* Cosa si doveva fare? Bisognava obbedire o no al decreto? I gialli sostengono di sì, dicendo che anzitutto il decreto era legittimo dal punto di vista sostanziale (come abbiamo visto poco fa), e che poi è stato comunque confermato da tutta la struttura autoritativa istituita dalla Costituzione, e dunque è legittimo anche dal punto di vista formale. Esso rispetta il valore dell'ordine, perché serve a ripristinare l'ordine sociale; il valore dei diritti, perché serve a ripristinare non qualsiasi ordine sociale, ma un ordine in cui sia possibile tutelare i diritti; ma rispetta anche il valore del documento (perché nel testo della Costituzione il potere di dichiarare incostituzionale una legge è attribuito alla Corte costituzionale, e la Corte costituzionale ha detto che il decreto giallo è conforme alla costituzione) e il valore del costituzionalismo, perché appunto il decreto è stato emanato nel rispetto della distribuzione di poteri prevista dalla Costituzione. Inoltre, il decreto rispetta il valore della democrazia, perché prodotto da un Parlamento regolarmente eletto. I verdi invece sostengono che il decreto legge, anche se è valido dal punto di vista formale (è stato emanato nel rispetto delle procedure) viola gravissimamente la Costituzione dal punto di vista sostanziale, per il suo

contenuto, perché sospende un diritto fondamentale in modo non previsto dalla Costituzione; come è sostanzialmente illegittimo il decreto legge, così è sostanzialmente illegittimo anche l'atto di emanazione del Presidente della Repubblica, e la sentenza della Corte costituzionale. E la loro illegittimità è così grave che si ha il diritto, anzi il dovere, di disobbedire ad essi, e addirittura di resistere con la forza, non contro la Costituzione, ma proprio in nome della Costituzione: contro la Costituzione formale forse, ma in nome della Costituzione sostanziale. È appena il caso di notare la singolare inversione degli argomenti: adesso sono i gialli, e non i verdi, a ricorrere al valore del documento e al valore del costituzionalismo; mentre sono i verdi, e non i gialli, a ricorrere a valori sostanziali anche contro il valore del documento e il valore del costituzionalismo...

Terza discussione. Supponiamo invece che la Corte costituzionale consideri incostituzionale il decreto giallo, e lo annulli. I gialli lo applicano lo stesso, sostenendo che la sentenza della Corte è illegittima, e dunque non va obbedita, e che inoltre la Corte si è posta, con la sua decisione, contro il valore della democrazia. Qui si profila in parte un conflitto tra il valore della democrazia da un lato, e il valore del costituzionalismo (e forse anche il valore dei diritti) dall'altro.

Quarta discussione. Supponiamo che i gialli, attraverso un artificio della legge elettorale, ottengano una maggioranza dei due terzi in ciascuna delle Camere, mentre i verdi dispongono della maggioranza nel paese. I gialli potranno provare a modificare la Costituzione rivendicando il valore della democrazia, e i verdi potranno provare ad impedirglielo rivendicando anch'essi il valore della democrazia.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma ai nostri fini questi sono sufficienti.

6. *Diritto di eccezione*

In queste brevi ricostruzioni, molto schematiche in verità, abbiamo incontrato numerose figure di argomentazioni, tutte accomunate dall'essere rivendicazioni che vertono sul dovere normativo di obbedire al diritto (nel nostro caso, il dovere di rispettare la Costituzione), facendo appello ad un gruppo ristretto di valori, declinati insieme nel modo del costituzionalismo dei diritti. Alcune di queste figure di argomentazioni potrebbero essere inquadrare, per chi ha una qualche familiarità con questi concetti, nello "stato di eccezione" (il decreto giallo) o nel "diritto di resistenza" (ciò che i verdi nella seconda discussione rivendicano contro i gialli). Concettualizzare lo stato di eccezione

e il diritto di resistenza non è affatto semplice: anzitutto, i termini vengono usati per designare fenomeni molto diversi, che non sempre possono essere ridotti ad un unico concetto senza con ciò sacrificare alcuni usi importanti; e poi, e soprattutto, le due figure sembrano trasformarsi l'una nell'altra, e non è facile precisare quale sia la differenza essenziale. Si potrebbe ad esempio distinguerle così: lo stato di eccezione sarebbe rivendicato *dall'*autorità per sospendere il proprio dovere di obbedire ad una parte del diritto, le norme che limitano i suoi poteri; mentre il diritto di resistenza sarebbe rivendicato *contro* l'autorità dai cittadini, per sospendere il proprio dovere di obbedire ad una parte del diritto, e cioè alle norme emanate dalle autorità. Questa differenza sembrerebbe semplice, lineare, illuminante. Ma che dire del caso in cui è un'autorità stessa che "resiste" contro un'altra autorità? O del caso in cui un'autorità proclama lo stato di eccezione per resistere contro gli atti illegittimi compiuti da un'altra autorità? È quello che tipicamente avviene in occasione di un colpo di Stato (un caso paradigmatico è quello del golpe cileno del 1973, in cui la Camara de Diputados invitò le forze armate ad agire in via di resistenza contro i supposti, gravissimi attentati alla Costituzione da parte del Presidente Allende; salito al potere, il capo delle forze armate Generale Pinochet proclamò lo stato di eccezione allegando la necessità di sospendere le libertà costituzionali per schiacciare il nemico interno che attentava all'unità del paese). Una simile differenza sembra così rinviare, più che altro, all'aura retorica associata ai termini (lo stato di eccezione alla "responsabilità del potere", il diritto di resistenza alla "illegittimità del potere"), ma offusca importanti somiglianze strutturali che associano ciò che potrebbe essere etichettato con l'uno o con l'altro termine...

Ai nostri fini non è importante cercare un modo rigoroso per distinguere i concetti di stato di eccezione e diritto di resistenza, e potremmo anche rinunciare del tutto a riferirci ad essi. Ciò che ci interessa mettere in luce, piuttosto, è proprio una struttura comune a molte delle figure di argomentazioni su cui ci siamo soffermati nei nostri esempi. Tutte le argomentazioni che abbiamo riportato, è il caso di ripeterlo, riguardano il dovere normativo di obbedire al diritto, allegando dei valori. Alcune di esse, però, hanno una struttura più particolare, in quanto: (i) Rivendicano il dovere di disobbedire ad alcune norme riconosciute come parte del diritto in virtù degli stessi valori che fondano il dovere di obbedire al diritto nel suo complesso, o addirittura il dovere di obbedire, nello specifico, a quella stessa norma; (ii) Rivendicano il dovere di disobbedire ad alcune norme parte del diritto per obbedire ad altre norme, anch'esse parte del diritto. Rivendicano, potremmo dire semplicemente, la possibilità di *fare eccezione al diritto* in nome del diritto stesso. Possiamo convenire di indicare tutto questo tipo di argomentazioni (che includono anche ipotesi di giustificazione dello stato di eccezione e del diritto di resistenza) come "diritto di eccezione".

7. Dissoluzione dell'unità

Non è necessario, ai modestissimi fini di questo articolo, fornire un inquadramento teorico rigoroso (compito niente affatto semplice) del diritto di eccezione. Non è importante, in particolare, precisare se, e per quali ragioni, esso vada inteso come un disaccordo “morale” o “politico”, e non “giuridico” (si discute se sia moralmente obbligatorio, o politicamente opportuno, obbedire o meno a norme il cui *status* di norme giuridiche, e il cui specifico contenuto, non è invece oggetto di discussione); se vada inteso come un disaccordo che coinvolge la *determinazione* dei contenuti del diritto (nel presupposto che il diritto vada obbedito, si discute quale sia il contenuto specifico di un diritto previamente identificato in base a criteri comuni non messi in discussione); o se vada inteso come un disaccordo che coinvolge i criteri stessi di *identificazione* del diritto (nel presupposto che il diritto vada obbedito, si discute di quali siano i criteri in base ai quali identificarlo). Così come non è importante discutere se, e fino a che punto, sia possibile distinguere chiaramente queste diverse possibilità di lettura del fenomeno. Comunque lo si voglia intendere, il diritto di eccezione è comunque una possibilità latente all'interno del costituzionalismo dei diritti (ed è latente entro qualsiasi strategia di fondazione del dovere di obbedire al diritto che dia un qualche spazio a valori sostanziali), e le sue conseguenze sono rilevanti: l'unità che sembrava insita in una comune nozione di diritto, nell'accettazione di una stessa Costituzione, nel riconoscimento di un nucleo comune di valori che ne fondano l'obbligatorietà, si è dissolta all'interno stesso di quella stessa nozione di diritto, di quella stessa Costituzione, di quello stesso nucleo comune di valori. La comune nozione di diritto, l'accettazione di una stessa Costituzione, il riconoscimento dello stesso nucleo di valori, ciò che abbiamo semplicisticamente indicato come costituzionalismo dei diritti, non sono sufficienti a garantire una risposta unitaria alle nostre questioni: Cosa si deve fare secondo il diritto? E si deve fare ciò che il diritto dice di fare? La ragione è banale: la *gerarchia* di quegli stessi valori può essere intesa, in rapporto *alle stesse situazioni di fatto*, in termini drasticamente diversi, ed è dalla gerarchia dei valori che dipende, in ultima analisi, la risposta ad ogni questione normativa.

Certo, si potrebbe obiettare che, al di là del disaccordo, vi è una gerarchia di valori *corretta*: fra i gialli e i verdi, uno soltanto dei due (o nessuno dei due!) ha ragione, uno soltanto dei due rappresenta il “vero” costituzionalismo dei diritti, difende la “vera” Costituzione, ha dalla sua il “vero” diritto. È possibile che sia così. Ma non è questo il punto: il punto è che una simile rivendicazione non può avere alcuna presa sull'avversario, convinto che la gerarchia corretta sia proprio quella da lui difesa, e convinto sulla base di argomenti che, bisogna darne atto, non sono (almeno in una

rappresentazione astratta!) palesemente irragionevoli, e tengono effettivamente in conto, soppesandoli, gli argomenti dell'altro! Il problema non è la mancanza di "dialogo"... Il problema è che i valori comuni a cui si potrebbe fare appello per convincere l'altro si sono dissolti in una diversa concezione della loro gerarchia, e obiettare che una delle due concezioni costituisce la gerarchia corretta non vuol dire altro che... prendere posizione a fianco dei gialli o dei verdi, reiterandone le posizioni.

Il costituzionalismo dei diritti costituisce un grande sforzo di "legittimazione razionale" del diritto, che tenta di combinare un nucleo di valori in modo tale da intrecciare insieme, in modo inestricabile, il dovere delle autorità e il dovere dei cittadini di rispettare la Costituzione: accettato quel nucleo di valori, ne dovrebbe derivare la possibilità di decidere concordemente, sulla base di ragioni comunemente accettate, cosa il diritto dice di fare, e se si deve fare ciò che il diritto dice di fare. Ma il diritto di eccezione è una possibilità latente nel costituzionalismo dei diritti, e, dissolvendo quel nesso inestricabile in gerarchie diverse degli stessi valori, minaccia *dall'interno* il successo del suo tentativo di legittimazione razionale: interlocutori che riconoscono gli stessi valori, e che ascoltano e soppesano gli argomenti dell'avversario, possono comunque essere divisi da conflitti normativi talmente radicali da condurre alcuni, sulla base di ragioni (la cui validità è in parte riconosciuta dall'avversario stesso), a concludere, contro altri, per la necessità della disobbedienza a certe parti del diritto, e in particolare per la necessità di violare i limiti che il diritto pone all'uso della forza, per la difesa del diritto stesso.

Ma, si potrebbe ancora sostenere, il diritto di eccezione è sì una possibilità latente nel costituzionalismo dei diritti, ma è in fondo una possibilità *limite*, che sta al confine, se non al di là, della sussistenza del diritto e della Costituzione. Non è esatto. Ciò che sta al limite della sussistenza stessa, più che del diritto e della Costituzione, dell'ordine sociale è, ovviamente, la guerra civile: è il fatto che allo scontro di argomenti estremi faccia seguito l'adozione *di fatto* di mezzi estremi. Ma il diritto di eccezione, inteso come figura argomentativa di cui ci si può avvalere per giustificare la violazione di parti del diritto in nome del diritto stesso, sta invece nel cuore stesso del costituzionalismo dei diritti: non è raro che ci si avvalga di esso per giustificare deroghe eccezionali all'ordine delle competenze, violazioni eccezionali dei diritti individuali, o disobbedienze su piccola scala alle norme prodotte dalle autorità; e non è raro che, più o meno velatamente, *si minacci* di avvalersene per giustificare un'eventuale adozione di mezzi speciali più penetranti, o atti di disobbedienza o addirittura di resistenza su larga scala. Tutto questo sempre in nome della "vera" Costituzione: della gerarchia *corretta* dei valori che fondano il dovere di rispettarla.

8. Conclusioni ottimistiche: limiti immanenti al diritto di eccezione

Dalle osservazioni dei paragrafi precedenti possiamo trarre una conclusione esile, ma, spero, interessante. Supponiamo di trovarci in un contesto in cui: (i) Gli interlocutori, per la maggior parte, accettano il costituzionalismo dei diritti; concordano sul dovere di rispettare la Costituzione in virtù dei valori del documento, del costituente democratico, dell'autorità effettiva, della democrazia, dei diritti, del costituzionalismo, declinati insieme al modo del costituzionalismo dei diritti; (ii) Gli interlocutori sono, almeno entro un certo grado, sensibili alle ragioni normative: sulla decisione di cosa fare pesa, almeno in una certa misura, ciò che si ritiene di *dovere* fare; (iii) Gli interlocutori sono disposti a prendere in considerazione seriamente le ragioni normative addotte dagli altri. Ebbene, anche in questo contesto (molto idealizzato, a dire la verità) potranno darsi, e non saranno poi così rare, ipotesi di conflitti normativi nei quali l'appello ad una comune nozione di diritto, all'accettazione di una stessa Costituzione, al riconoscimento dello stesso nucleo di valori, è del tutto inutile per la soluzione del conflitto. L'unità di quella nozione di diritto, di quella Costituzione, di quel nucleo di valori si è dissolta nello scontro di gerarchie di valori diverse e incompatibili: chi aderisce all'una rifiuta l'altra, sia pure riconoscendo la plausibilità degli argomenti addotti a suo sostegno. In situazioni del genere, l'appello alla Costituzione non può dunque servire a risolvere sulla base di argomenti il conflitto normativo, ma vale solo a... ribadirlo, difendendo la "vera" Costituzione contro la "falsa" Costituzione difesa dall'avversario (e serve anche a prepararsi allo scontro più duro, perché, come si sa, sotto la bandiera della "vera" Costituzione una guerra si combatte molto meglio).

Eppure, nonostante ciò, anche in casi del genere (e sempre ammesso che ci si trovi in un contesto in cui gli interlocutori accettano il costituzionalismo dei diritti), c'è comunque ancora spazio per tentare di risolvere il conflitto tramite argomentazioni razionali basate sul costituzionalismo dei diritti, nonostante la dissoluzione della sua unità. Come? Per rispondere è utile tornare all'ipotesi del decreto giallo, e della sua giustificazione in chiave di eccezione: per affrontare un pericolo gravissimo, che mette a repentaglio la possibilità stessa di assicurare la tutela dei diritti a lungo termine e su larga scala, è necessario violare alcuni diritti a breve termine. Il decreto giallo ha, in questo senso, delle rilevanti caratteristiche: (i) Non si presenta come una pura manifestazione di potere, sostenuta unicamente dalla forza, ma come un esercizio di potere *giustificato*, sostenuto da certi valori. Il Presidente giallo non dice "Adesso sospendiamo l'articolo 13 della Costituzione perché vogliamo fare così, e abbiamo i mezzi per farlo", ma avanza una giustificazione; (ii) Non viene giustificato sulla base di

qualsiasi valore, ma sulla base del costituzionalismo dei diritti. In particolare, non viene giustificato sulla base del valore dell'ordine e dell'autorità effettiva intesi, per così dire, allo "stato puro" (l'ordine è il valore più importante, e va mantenuto a qualsiasi costo), ma sulla base del valore dell'ordine e dell'autorità effettiva intesi nel quadro del costituzionalismo dei diritti. Ciò ha delle conseguenze importanti.

Supponiamo infatti di concordare, in astratto, con il Presidente giallo: sì, è vero, in circostanze eccezionali si può violare un articolo cruciale della Costituzione allo scopo di salvaguardare l'ordine, che è il presupposto della tutela dei diritti stessi. Ma questa giustificazione non è una delega in bianco al Presidente giallo a fare tutto ciò che voglia; al contrario, ad essa sono inerenti alcuni requisiti che le misure adottate dal Presidente giallo devono soddisfare per potersi considerare davvero giustificate nel quadro di valori del costituzionalismo dei diritti. I requisiti sono i seguenti, reciprocamente connessi (mi riferirò all'esempio del decreto giallo, ma si tratta di requisiti che possono essere estesi a qualsiasi ipotesi di diritto di eccezione): (i) *Effettiva sussistenza del rischio*. Deve essere vero che l'ordine sociale è in grave pericolo; (ii) *Necessità*. Deve essere davvero impossibile fronteggiare il pericolo con mezzi ordinari, e deve davvero sussistere l'assoluta necessità di ricorrere a mezzi straordinari; (iii) *Attitudine a realizzare lo scopo*. Le misure straordinarie adottate devono essere effettivamente idonee a conseguire lo scopo; (iv) *Proporzionalità*. Le misure straordinarie devono minimizzare il danno al diritto violato, in proporzione all'importanza che gli si riconosce; (v) *Buona fede*. È necessario che chi rivendica il diritto di adottare le misure eccezionali sia in buona fede: sia convinto dell'effettiva sussistenza del rischio, della necessità, dell'attitudine a realizzare lo scopo, della proporzionalità. In particolare, ed è il caso più tipico, chi adotta le misure eccezionali non deve adottarle per scopi diversi da quelli dichiarati (ad esempio, per rovesciare l'ordine costituzionale e instaurare la dittatura dei gialli), non deve mentire sulla sussistenza del pericolo (ad esempio, i gialli non devono aver mentito sull'entità degli scontri proprio allo scopo di legittimare l'adozione delle misure eccezionali), non deve essere stato lui stesso a minacciare il valore in difesa del quale interviene (ad esempio, non devono essere i gialli stessi, gestiti dal governo, a creare o ad alimentare di proposito gli scontri).

Ebbene, (in un contesto in cui gli interlocutori, per la maggior parte, accettano il costituzionalismo dei diritti, sono sensibili alle ragioni normative, ascoltano gli argomenti addotti dagli altri) può accadere che la discussione, condotta sul piano astratto delle gerarchie di valori, sulla possibilità astratta di violare certe parti del diritto in nome di altre, non faccia altro che riconfermare ciascuno nelle proprie convinzioni; mentre

un'argomentazione che accetti invece, in astratto, il diritto di eccezione rivendicato, concentrandosi però sul concreto rispetto dei suddetti requisiti, riesca a convincere chi lo rivendicava in buona fede (il Presidente giallo), o chi dava credito a chi lo rivendicava in mala fede (coloro che, in buona fede, sostenevano il Presidente giallo contro i verdi, ignari del fatto che i disordini erano da lui consapevolmente orchestrati).

A suggello di questa osservazione voglio citare un episodio in cui il ricorso ad argomentazioni di questo tipo contro la rivendicazione del diritto di eccezione ha prodotto frutti, e un episodio in cui, forse, avrebbe potuto produrli. Si tratta di episodi legati a vicende internazionali, e dunque non totalmente inquadrabili sotto il costituzionalismo dei diritti nella forma fino ad ora discussa, che riguarda invece dinamiche interne ai confini dello Stato. La struttura del problema, però, è del tutto analoga.

Primo esempio. Nonostante le richieste dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, negli anni ottanta l'amministrazione Reagan continuava a mantenere rapporti economici con il Sud Africa, giustificandosi sulla base della necessità, per esigenze di sicurezza nazionale, di mantenere inalterato l'apporto di minerali rari e di fondamentale importanza strategica provenienti dal Sud Africa, e di contrastare l'allegato tentativo di egemonia sovietica sul Corno d'Africa (appoggiando movimenti marxisti in Angola, Mozambico, Sud Africa) per ottenere il controllo sulle risorse minerarie dell'area. Questo tentativo di giustificazione fu contrastato efficacemente da gruppi di cittadini non tanto allegando una superiorità, sul piano dei valori, dei valori del rispetto delle risoluzioni delle Nazioni Unite e dei diritti umani sul valore della sicurezza nazionale, quanto piuttosto contestando la politica reaganiana sul piano della proporzionalità, della necessità, dell'attitudine a realizzare lo scopo, sostenendo che: il governo di una piccola minoranza contro una schiacciante maggioranza non può durare a lungo e non è una buona tattica sostenerlo; le scorte di minerali strategici detenute dagli USA erano comunque sufficienti a reggere per il periodo di breve termine durante il quale sarebbe durato l'embargo contro il regime razzista; gli interessi statunitensi sarebbero stati meglio garantiti da uno stabile regime post-apartheid; gli USA possedevano la tecnologia sufficiente per sostituire i materiali strategici in questione, e dunque la perdita dei minerali sudafricani non costituiva affatto, di per sé, una minaccia alla sicurezza nazionale².

² Citato in MARSH, PEARL-ALICE, *Grassroots Statecraft and Citizens' Challenger to U.S. National Security Policy*, in LIPSCHUTZ (ed.), *On Security*, Columbia University Press, New York, 1995, pp. 124-148.

Secondo esempio. In occasione degli interventi militari della NATO in Kosovo nel 1999, e di un'alleanza di Stati, guidati dagli Stati Uniti, in Iraq nel 2003, il dibattito internazionale è stato dominato, nelle grandi linee, dalla seguente discussione. Da un lato, si sosteneva che vi fossero dei rilevantissimi valori sostanziali che giustificavano l'intervento militare anche in violazione eccezionale delle norme della Carta delle Nazioni Unite, che vietano l'uso o la minaccia dell'uso della forza a Stati o alleanze di Stati, riservandolo al Consiglio di Sicurezza (o, secondo molti, a Stati "autorizzati" dal Consiglio di Sicurezza), allo scopo di impedire gravissime violazioni dei diritti umani e l'uso di armi di distruzione di massa; si riconosceva il valore delle norme e procedure della Carta, ma, si aggiungeva, ci si trovava davanti ad un caso di estrema necessità, che richiedeva un'azione pronta ed efficace, e, stante l'inerzia del Consiglio di Sicurezza, era permesso intervenire in sua vece anche contro la lettera della Carta, ma in nome dei valori sostanziali in essa recepiti, la promozione dei diritti umani e il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Dall'altro, si sosteneva che le norme della Carta fossero indefettabili, e che in mancanza di autorizzazione da parte del Consiglio di Sicurezza l'intervento armato fosse radicalmente illegittimo. Furono pochissime, in questo dibattito noioso fino alla nausea, le voci originali che si concentrarono sui requisiti che, comunque, avrebbe dovuto soddisfare un intervento eccezionale (effettiva sussistenza del rischio, necessità, attitudine a realizzare lo scopo, proporzionalità, buona fede), e che i suddetti interventi non soddisfacevano affatto³. Dato lo scalpore che provocò nell'opinione pubblica (inglese) la notizia della falsità dei documenti che "provavano" il possesso di armi di distruzione di massa da parte del regime di Saddam Hussein, ci si può chiedere: i giuristi, opinionisti, politici che tuonavano contro l'illegittimità dell'intervento non autorizzato dal Consiglio di Sicurezza (lasciando intendere, sinistramente, che in presenza di una simile autorizzazione *qualsiasi* intervento, che pure avesse violato requisiti sostanziali di proporzionalità, necessità, adeguatezza, sarebbe stato comunque valido), hanno fatto bene il loro lavoro? Lo spazio della ragione è già di per sé scarno: se viene usato così, si riduce a nulla.

³ Mi riferisco in particolare al brillantissimo saggio di PAOLO PICONE, *La «guerra del Kosovo» e il diritto internazionale generale*, pubblicato originariamente in «Rivista di diritto internazionale», 2000, pp. 309-360; ora in ID., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 397-460. Ma si vedano anche gli altri saggi ivi raccolti.

9. Conclusioni pessimistiche

Appunto. Lo spazio della ragione è scarno. Le conclusioni parzialmente ottimistiche del paragrafo precedente erano basate sull'assunzione che ci si trovasse in un contesto in cui la maggior parte degli interlocutori accettano il costituzionalismo dei diritti; sono, almeno entro un certo grado, sensibili alle ragioni normative; prendono sul serio gli argomenti degli altri. Non è una rappresentazione realistica di come le cose effettivamente stanno, soprattutto quando la conflittualità è alta: gli interlocutori sono molto più sensibili alle ragioni prudenziali che alle ragioni normative (e alle ragioni normative solo nella misura in cui dissimulano interessi che non si ha il coraggio, o l'onestà, di riconoscere espressamente); gli interlocutori non sono disposti ad ascoltare le ragioni degli altri, e non sono in genere disposti a discutere, ma trasformano le proprie ragioni in slogan identitari; gli interlocutori non accettano affatto il costituzionalismo dei diritti, ma al massimo ricorrono volta per volta a quei frammenti dei suoi valori che travestono la propria volontà della veste retorica più nobile.