

I.

Sovranità e diritti fondamentali

(*la responsabilità di avere diritti*)

SOMMARIO: 1. L'effetto paradossale della sovranità ed i diritti fondamentali. – 2. Il totalitarismo come cancellazione dei diritti fondamentali in nome della sovranità. – 3. Sovranità ed oggettivazione dei diritti fondamentali. – 4. Gli argini della sovranità: democrazia e giurisdizione; rilievo della dimensione internazionale o sovranazionale. – 5. Sovrapposizione di “interessi” o “valori” come “generalisti” ed “obiettivi” ai diritti fondamentali. – 6. L'illusorietà del primato dei “diritti umani” e la resistenza della sovranità. – 7. Alle radici dell'effetto paradossale: i diritti “naturalisti” ed “autoevidenti” delle rivoluzioni settecentesche. – 8. Soggettivo ed oggettivo della dignità umana; diritti fondamentali e capacità. – 9. Sul bilanciamento nella tutela dei diritti fondamentali. – 10. Diritti fondamentali e regime dei beni: sovranità, libertà e proprietà. – 11. *Segue:* diritti fondamentali e *res communis omnium*. – 12. I diritti fondamentali alle prese con la metafora della “pirateria”. – 13. Nota finale: diritti fondamentali, “pirati” e “corsari”.

1. Il ragionamento giuridico e costituzionale non è immune da ciò che approssimativamente è indicato come paradosso in logica o in filosofia, e cioè il sopraggiungere di conseguenze inopinate da un discorso apparentemente coerente e rigoroso.

Il filosofo K. Popper ha segnalato vari paradossi che possono toccare il diritto e la costituzione. Egli ha segnalato, tra gli altri, il paradosso per cui “*la libertà, nel senso dell'assenza di qualsiasi controllo restrittivo, deve portare a un'enorme restrizione perché rende i prepotenti liberi di schiavizzare i mansueti*”; ed ha messo, accanto a questo, il paradosso della tolleranza che, se illimitata, distruggerebbe se stessa, favorendo il trionfo degli intolleranti.

Dopo di che ci si sarebbe potuti aspettare che Popper fosse altret-

tanto critico anche nei riguardi dei poteri esercitati contro questa “libertà” e “tolleranza”. Ma questa aspettativa rimane delusa: poiché anche nelle teorizzazioni del potere statale sovrano, Egli stenta ad individuare altro paradosso se non quello per cui i “migliori” o “più saggi”, eretti a “sovrani”, proprio perché tali potrebbero stimare altri più adatti ad assolvere l’incombenza.

Il che non è proprio tutto, quanto a paradossi della sovranità. Quello che qui si vorrebbe tirare in gioco è, piuttosto, un paradosso o un effetto paradossale che la teorizzazione della forza o del potere sovrano può innescare quanto al diritto ed ai diritti delle persone, conducendo ad un risultato opposto a quello che si potrebbe prevedere o sperare.

L’effetto paradossale su cui si vorrebbe richiamare l’attenzione è noto, soprattutto ai costituzionalisti, e può essere rappresentato, in primissima battuta, con una concatenazione di massime le quali, tanto come assunti teorici quanto come semplici massime di esperienza, sono rintracciabili nelle dottrine giuridiche dei “diritti fondamentali”, in quanto destinati a diffondersi universalmente tra gli esseri umani.

L’effetto paradossale si determina a partire dalla massima, la quale per sé sembrerebbe innocente, per cui i “diritti”, intesi nel senso più ampio di una qualunque protezione giuridica accordata in determinate situazioni a ciascuna persona rispetto alle altre, se sono “fondamentali”, non debbono poter essere tolti.

Da ciò consegue infatti, o si fa conseguire, che i principi e le regole per la protezione dei “diritti fondamentali” richiederebbero l’azione di un’autorità “superiore”, terza e quindi obiettiva, in grado di prescrivere e di imporre alle persone l’osservanza di tali prescrizioni, all’insegna di una forza o di un potere per ciò stesso qualificato “sovrano”.

Ed è da quest’ultima massima che viene, o può venire, l’effetto paradossale: giacché, se l’autorità agisce come “superiore” e sovrana, in quanto dotata di una forza o di un potere preponderante, che sta più in alto delle persone, come autorità terza ed impersonale essa potrà, indifferentemente, non solo proteggere i “diritti fondamentali” ma anche escluderli, in tutto, in parte ed anche solo per taluno. Col che i “diritti”, potendo essere tolti, non sarebbero più “fondamentali”, venendosi paradossalmente a negare la premessa da cui si era partiti.

È vero che una tale contraddizione, prossima ad un paradosso, non è destinata necessariamente a verificarsi. Il suo verificarsi, o non

verificarsi, dipende dalla forza o dal potere sovrano, il quale, in quanto “*superiore*”, può agire come agisce, e potrebbe anche proteggere al meglio i diritti delle persone come “*fondamentali*”. È già però abbastanza allarmante solo l’eventualità, come eventualità incontestabile, che essendo rimessi ad un “*superiore*”, i nostri “*fondamentali*” diritti possano irreparabilmente esserne danneggiati. In quanto il rischio di un effetto paradossale è risaputo, nel mettere a puntello del carattere “*fondamentale*” dei diritti delle persone la forza o il potere di un’autorità “*superiore*” e sovrana, i tentativi delle dottrine giuridiche di superare l’*impasse* che potrebbe derivarne sono stati innumerevoli, e taluni di questi saranno appresso esaminati criticamente.

Peraltro, quello che preme di saggiare, e può essere di qualche utilità il dibattere, non è tanto se tali tentativi siano più o meno riusciti o brillanti, dall’angolazione della logica o dell’argomentazione, quanto se taluno di essi possa lasciare intravedere la strada per scongiurare, o allontanare, l’effetto paradossale che parrebbe minacciare persino l’ipotesi di diritti fondamentali degli esseri umani¹. Giacché la possi-

¹ So bene che l’aver rilevato come una contraddizione paradossale l’affidare alla sovranità “*diritti*” qualificati “*fondamentali*” può inquietare tutti coloro i quali ritengono, soprattutto nell’ambito della scienza della politica ma anche del diritto costituzionale in quanto con essa confinante, che il riferimento alla sovranità stessa, soprattutto nei riguardi delle dottrine giuridiche, valga e debba valere come un perentorio richiamo al “*realismo*”, dinanzi al quale l’invocare contraddizioni “*formali*” non avrebbe senso. Su questo, però, si tratta forse solo di capirsi. Come spero sarà reso più chiaro dal prosieguo del discorso, non si intende affatto, sebbene questo sia stato l’intendimento di talune dottrine giuridiche con pretese generalizzanti, ridurre la sovranità ad un concetto puramente formale, una mera premessa del ragionamento giuridico, posta la quale il lavoro dei giuristi potrebbe procedere del tutto per proprio conto. Non ho niente, sotto questo aspetto, contro tutte quelle dottrine che si schierano a favore della sovranità con il fine precipuo di mettere un freno all’idea, davvero imprudente ed irrealistica, che la sovranità sia “*morta*” o “*agonizzante*” e, con essa, sia “*morto*” o “*agonizzante*” lo Stato (v., ad es., A. Carrino, *Il problema della sovranità nell’età della globalizzazione: da Kelsen allo Stato-Mercato*, Catanzaro, 2014, spec. 153 ss.). Né ho niente contro tutti quegli studiosi i quali, anche e proprio da giuristi, hanno pensato che il discorrere di sovranità possa servire, ancora, a dare effettiva e più fedele raffigurazione delle lotte sociali e politiche, come lotte anche volte alla costruzione ed alla conquista dello Stato ed alla trasformazione del “*suo*” diritto (v. ad es. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 1998, 65 ss., per cui la tradizione della sovranità “*consegna alle democrazie di oggi due problematiche da riscrivere, e non una sola: non solo la garanzia dei diritti attraverso la Costituzione e la funzione giurisdizionale, ma anche la ricostruzione della sfera della politica, dell’attività che conduce alla libera decisione dei cittadini sull’indirizzo politico, secondo le regole*

bilità che quell'effetto paradossale si manifesti, lungi dall'essere un pericolo remoto e trascurabile, è una possibilità concreta e, anzi, già realizzatasi in maniera brutale.

2. L'effetto paradossale dell'affidare i diritti fondamentali alla cura ed alla protezione di un'autorità sovrana e "superiore" è un problema di dottrina, che va posto come tale e, quindi, per quel tanto di

della Costituzione"). Se tutto questo è perfettamente accettabile, sul terreno degli orientamenti da imprimere ai nostri studi, tutto ciò è stato però anche già abbondantemente detto, con dovizia di dettagli. Il punto su cui mi pare più utile portare l'attenzione è dunque, e piuttosto, l'avvertimento, su cui spesso scivoliamo via con colpevole disinvoltura, che nel parlare realisticamente di sovranità, per alludere forse solo più banalmente alle forze o ai poteri che ci paiono più in grado di altri di segnare il cammino della politica e del diritto, non dobbiamo diventare "più realisti del re", anche nel senso letterale di evitare di mettere al posto della forza o del potere monarchico, suppostamente derivante da un'investitura divina, una forza o un potere altrettanto intoccabile. In altre parole, vorrei prendermela solo e proprio con quelle dottrine le quali, dopo aver celebrato la "sovranità" degli Stati proclamando di esercitare il "realismo", me lo si concederà del tutto irrealisticamente, hanno fatto della necessità di conservare la forza o il potere sovrano, se non l'unico principio, il principio-cardine dell'intero ordine giuridico e dell'intera costituzione, al di là del quale non ci sarebbe salvezza ("salus rei publicae"); come se la "garanzia dei diritti" fosse e dovesse essere, sempre e comunque, una variabile dipendente da quella forza o potere sovrano, e cioè come se le persone non solo dovessero essere ma realmente fossero sempre inermi, in attesa passiva di quel che il sovrano decide. Il che – e, c'è da aggiungere, per fortuna – non è mai veramente accaduto, da che abbiamo una memoria storica, né verosimilmente accadrà sino a che il genere umano resterà vitale.

La circostanza, poi, di prendersela anzitutto e direttamente con C. Schmitt, oltre e più che con suoi epigoni più approssimativi ed imprecisi (come lo stesso R. v. Smend) oppure enigmaticamente introversi (come E. Forsthoff), è solo una testimonianza di rispetto per l'abilità pratica di giurista dello Schmitt stesso. Come in altri grandi giuristi, sebbene assai meno che in altri, in Schmitt i presupposti di partenza conservano un buon margine di ambiguità. Persino laddove, del tutto significativamente, avalla la "teologia politica", Schmitt sostiene ad esempio, rendendosi ben conto dell'assurdità della tesi contraria, che la nozione di sovranità mal si attaglia a guidare il diritto e la Costituzione in ogni loro momento, perché semplicemente li distruggerebbe. E quindi Schmitt, accertamente, ammonisce che la "definizione" per cui "sovrano è chi decide sullo stato di eccezione" (...) "può essere appropriata al concetto di sovranità, solo in quanto questo si assuma come concetto limite. Infatti concetto limite non significa un concetto confuso, come nella terminologia spuria della letteratura popolare, bensì un concetto relativo alla sfera più esterna. A ciò corrisponde il fatto che la sua definizione non può applicarsi al caso normale, ma a un

influenza, quasi mai risolutiva, che il pensiero dei giuristi può avere sullo svolgimento della pratica del diritto. Tuttavia, e benché non se ne sia talora tenuto il debito conto, è bene ricordare che quell'effetto paradossale ha enormemente influito sulle dottrine giuridiche, costituzionali e dei “*diritti fondamentali*”, sullo sfondo di vicende nel corso delle quali, primariamente in Europa ed in specie in taluni Paesi tra

caso limite. Risulterà dal seguito che qui con stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio. Il che, per sé, sarebbe non solamente esattissimo, ma anche nel solco di quel che tramandato, almeno nella dottrina germanica. Sennonché, e subito di seguito, Schmitt sottolinea che ciò deriverebbe non già dall'esigenza elementare che i “*diritti*” delle persone abbiano sulla scena giuridica e costituzionale un posto non irrimediabilmente precario, ma dall'essere “*lo stato d'eccezione (...) eminentemente appropriato alla definizione giuridica della sovranità*”, da “*una ragione sistematica, di logica giuridica. Infatti la decisione intorno alla eccezione è decisione in senso eminente, poiché una norma generale, contenuta nell'articolo di legge normalmente vigente, non può mai comprendere un'eccezione assoluta e non può perciò neppure dare fondamento pacificamente alla decisione che ci si trova di fronte a un vero e proprio caso d'eccezione*”. E con questo misterioso appello alla “*decisione in senso eminente*”, come indispensabile niente meno che al “*sistema*” ed alla “*logica giuridica*”, Schmitt lancia l'affondo per cui: “*non si disputa intorno a un concetto in sé, quanto meno nella storia della sovranità: si disputa intorno al suo concreto impiego, cioè su chi in caso di conflitto decida dove consiste l'interesse pubblico o statale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la salut public e così via. Il caso d'eccezione, il caso non descritto nell'ordinamento giuridico vigente, può al massimo essere indicato come caso di emergenza esterna, come pericolo per l'esistenza dello Stato o qualcosa di simile, ma non può essere descritto con riferimento alla situazione di fatto. Solo questo caso rende attuale la questione relativa al soggetto della sovranità, che è poi la questione della sovranità stessa. Non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista un caso d'emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento. Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui necessariamente illimitati. Anzi dal punto di vista dello Stato di diritto non sussiste qui nessuna competenza. La costituzione può al più indicare chi deve agire in un caso siffatto. Se quest'azione non è sottoposta a nessun controllo, se essa non è ripartita in qualche modo, secondo la prassi della costituzione dello Stato di diritto, fra diverse istanze che si controllano e si bilanciano a vicenda, allora diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano. Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene a esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa*” (così in *Teologia politica, in Le categorie del “politico”*, a cura di G. Miglio-P. Schiera, Bologna, 1972, 33-35).

Dopo di che, ma solo dopo tutto questo, diventa ovvio come il sovrano possa fare quel che meglio crede, “*illimitatamente*” ed in difetto di ogni “*controllo*”, dispo-

tra cui Italia e Germania, tali dottrine si sono riconvertite, in nome della sovranità, in dottrine giustificatrici del togliere i diritti alle persone, anche e proprio nella prassi politica, amministrativa e giudiziaria.

Certamente, l'effetto paradossale è divenuto visibile a scoppio ritardato. Esso, anche e proprio in Europa, è rimasto quiescente a lungo durante l'800 ed uno scorcio del '900, sino a che hanno retto, anche al di là del mare, le dottrine per le quali, ridotto il diritto al diritto statale, lo Stato eretto a sovrano, nella forma stilizzata per lo più a posteriori come "*Stato di diritto*", era parso poter gestire moderatamente questa sua forza o potere "*superiore*", non solo lasciando sopravvivere l'autonomia della sfera privata con conseguenti diritti soggettivi, in virtù della "*divisione*" dei "*poteri*" statali, ma anche assicurando alle persone, sebbene non come tali bensì come "*cittadini*"

nendo d'arbitrio di ogni e qualunque regola o principio costituzionale, o "*diritto*" della persona; essendo lo "*stato di eccezione*" alcunché di "*non descritto*" neanche da "*norme generali*", e dandosi anzi per scontato che non "*si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento*", da un lato, e, dall'altro lato, venendo pertanto ad essere indescrivibili "*il presupposto quanto il contenuto della competenza*" ad esercitare la sovranità.

Naturalmente, le obiezioni da portare ad una tale dimostrazione sono innumerevoli, dal punto di vista di massime del tutto correnti ed elementari non solo nel pensiero dei giuristi ma nella pratica giuridica; cominciando dal chiedersi se l'"*eccezione*" possa consistere in ciò che, non essendo passibile nemmeno di "*descrizione*", è rimesso in ultima analisi all'indefinibile e può quindi ad ogni passo e come assoluta "*normalità*" sopravanzare, e togliere di mezzo, quello che pure, di regola, dovrebbe essere "*ordinamento giuridico vigente*"; oppure cominciando dal chiedersi, probabilmente ancor prima, a che giovi il classificare giuridico, e specialmente in che cosa si distingua dall'uso brutale di una violenza gratuita che il diritto nascerebbe per contenere, un potere senza "*controllo*" e giuridicamente "*illimitato*". Ma queste obiezioni sono, per loro stesse, esteriori rispetto alla dottrina di Schmitt, la quale, invece, è spiccatamente autoreferenziale. Sotto questo profilo, si è preferito illustrare l'effetto paradossale della sovranità, in varie dottrine tra cui quella di Schmitt, poiché tale effetto paradossale può indicare, in modo più inequivoco, come (anche) la dottrina schmittiana sia intrinsecamente contraddittoria e fallace; giacché non ha "*logica*", e tantomeno ha "*sistema*", una dottrina per cui la "*sovranità*", per "*definizione*" senza "*controllo*" ed "*illimitata*", potrebbe appunto illimitatamente travolgere il "*diritto*", la "*costituzione*" ed i "*diritti fondamentali*" di cui, viceversa, la "*sovranità*" medesima dovrebbe essere custode, presidio ed ausilio. Una dottrina tanto sprovveduta quanto complicata come quella intorno alla sovranità di Schmitt, il quale tutto può essere stato tranne che un giurista privo di senno, non sembra, obiettivamente, poter avere altra spiegazione che quella datane da A. Predieri (*C. Schmitt, un nazista senza coraggio*, Firenze, 1999, diffusamente ma spec. 499 ss.).

resi partecipi di “popoli” e “nazioni”, propri “*diritti pubblici soggettivi*” verso lo stesso ente statale, giuridicamente personificato e quindi, con qualche ulteriore incongruenza in confronto alla sovranità, assoggettato o assoggettabile a vincoli giuridici.

Le dottrine giuridiche che pure hanno consentito il mantenimento di questo equilibrio, con il senno di poi, possono apparire non proprio rassicuranti né prive di un lato oscuro; non può apparire rassicurante, né priva di lati oscuri, tra le tante allora in auge, una dottrina come quella di J. Austin sul diritto composto di “*ordini*” assistiti dalla “*minaccia*” statale; né può esserlo, per stare, sul continente europeo, una dottrina come quella di G. Jellinek, per cui i “*diritti pubblici soggettivi*” erano un residuo dell’“*autolimitazione*” dello Stato sovrano.

Ma questa faccia poco rassicurante o oscura della sovranità statale poté essere messa in ombra o esorcizzata, più per la verità a parole che con i fatti storici, enfatizzando la forza o il potere sovrano essenzialmente come concetto liminare al diritto statale, conveniente a rendere comprensibile il sorgere di quel diritto ed il suo modo d’essere, piuttosto che a innervarne e condizionarne l’ordinaria operatività.

Come ad esempio fu, per l’Italia, nelle dottrine di V.E. Orlando e Santi Romano, entrambi sostenitori, contro la dottrina dell’“*autolimitazione*” o a rettifica della stessa, che diritto e sovranità sorgerebbero e sarebbero destinati ad un inscindibile coniugio entro lo Stato, senza poter stabilire una qualche anteriorità o primato dell’una sull’altro. Con il che ogni paradosso o bisticcio tra autorità “*sovrana*” e diritto veniva appianato, sebbene con un accorgimento più che altro retorico, se non meramente verbale.

Basterebbe invero, per segnalare come il fuoco covasse sotto la cenere, riandare alla dottrina della “*necessità*”, di fatto, di salvare il “*sovrano*” come fonte autonoma del diritto, attiva a prescindere da legalità ed anche contro i diritti delle persone, elaborata principalmente da Romano per legittimare i decreti di “*stato di assedio*” ed il relativo spargimento di sangue.

Ed il fuoco infine divampò, rendendo arduo per i giuristi ed i costituzionalisti non schierarsi, quando l’Europa conobbe movimenti politici insediati al governo di Paesi importanti, come il fascismo italiano o il nazismo tedesco, tendenti a riesumare la sovranità come forza o potere “*assoluto*”, inverante l’“*unità*” del “*popolo*” o della “*nazione*” non solo per stirpe (o per “*razza*”) ma anche per cultura e convincimenti interiori; sino al punto di sacrificare ogni “*diritto*” delle persone

a quella “*unità*” e di sovrapporre e sostituire sbrigativamente, ed ove occorresse con mezzi militari, la “*coscienza collettiva*” a quella individuale.

Nel mentre una cultura politica che presto divenne non troppo dissimile, nel postulare l’omologazione delle persone, in dispregio di diritti, identità acquisite e di scelte culturali, andava crescendo anche più ad oriente, nella Russia sovietica, quantunque al differente titolo di una sedicente “*lotta*” e di una “*dittatura di classe*” del “*proletariato*”, la quale, politicamente, si dichiarava ispirata all’obiettivo, precocemente perso di vista, di porre fine allo “*sfruttamento dell’uomo sull’uomo*”.

In questo quadro, le dottrine giuridiche e costituzionali non tardarono a prendere atto del mutamento di scena.

Sappiamo ancora poco, nell’Europa occidentale, dell’evoluzione delle dottrine sovietiche del diritto, anche se potrebbero essere emblematiche vicissitudini come quelle personali di E.B. Pašukanis, giurista scomparso e rimosso, sino al 1956, per aver polemicamente criticato la vulgata dei suoi colleghi per la contrapposizione tra “*diritto borghese*” e “*proletario*”; una contrapposizione, questa, su cui lo stesso P.I. Stucka divenne più circospetto, in rapporto all’esperienza dei “*tribunali del popolo*”.

Ma sappiamo invece bene, e solo fingiamo di dimenticarci, che in Italia ed in Germania non un manipolo di scriteriati ma taluni dei migliori ingegni nel campo giuridico e costituzionale si accostarono a fascismo e nazismo per assecondarne l’azione di governo, con dottrine consone a quello che – a costo di semplificazioni che colgono però un tratto comune, e dunque non a torto – è stato in sede storica definito come “*Stato totalitario*”; alludendo alla “*totalità*” che ambisce a cancellare l’“*individuo*”, all’autorità “*superiore*” o “*sovrana*” che fa dei “*diritti*” quel che crede, alla forza ed al potere oggettivo che scaccia la soggettività delle persone.

È sufficiente menzionare al riguardo, senza entrare in sgradevoli dettagli, dottrine come quella dell’“*indirizzo politico*” di V. Crisafulli o quella della “*Costituzione materiale*” di C. Mortati; dottrine ambedue, si badi, diffuse in corrispondenza con lo scatenarsi della seconda guerra mondiale ed ambedue tese, con impostazione parzialmente diversa, a porre al centro della costruzione statale l’azione delle “*forze politiche*”, asservendo ad essa ogni ulteriore manifestazione giuridica, svalutata in quanto ausilio formale, e consegnando alle “*forze*

politiche” stesse altresì le sorti della Costituzione, come comprensive di quelle dei “*diritti*” dei “*cittadini*”.

E lo stesso accadde, in Germania, con dottrine persino più risolte nell’immolare i “*diritti*” alla sovranità del “*popolo tedesco*”, o la persona in quanto individuo alla “*comunità*”. È questo il tema ricorrente, ed il pilastro portante, di dottrine come quella di C. Schmitt, che riponeva la Costituzione nella “*decisione politica*” che schiaccia il “*nemico*”, o quella di R. v. Smend, che assegnava alla Costituzione il compito di “*integrare*”, per sé lasciato alquanto nel vago quanto a strumenti ma sostanzialmente coincidente con il comporre un “*popolo*” depurato da ogni differenza o individualità.

L’effetto paradossale della forza o del potere “*superiore*” e “*sovvrano*”, il quale potrebbe impadronirsi dei “*diritti*” anziché proteggerli, veniva in tali dottrine non delegato bensì portato alle ultime conseguenze, dando le persone in ostaggio allo Stato ed alla sua sovranità. Ed il peggio fu che chi anche si oppose a questo andazzo dell’onnipotenza statale, a questo adagiarsi in una specie di “*teologia*” o di idolatria “*politica*”, lo fece assai timidamente, ed in misura insufficiente a smascherare quella che ormai stava diventando solo la caricatura di un “*diritto*” e di “*diritti positivi*” dei “*cittadini*”.

Le stesse dottrine critiche verso la celebrazione della “*sovranità*” e della “*politica*”, come quelle di H. Kelsen e di A. Merkl, nel mondo tedesco, o quella di C. Esposito, in Italia, si arrestarono alla raffigurazione del diritto come insieme di “*norme*”, regole o principi tra loro concatenati indissolubilmente da criteri “*gerarchici*” o di “*competenza*”, sormontati se non da una “*norma fondamentale*” almeno da un ordine complessivo che, in quanto presupposto e dato per implicito, poteva tranquillamente rimandare ad una “*unità*” forzosa e coercitiva, lasciando imprecisati, ed imprecisabili, i limiti della forza o del potere “*superiore*” e della sovranità.

E da questa falsariga non si sarebbero discostate veramente neanche altre dottrine europee, di diversa provenienza, come quella di A. Ross, più contigua al “*realismo*” scandinavo, o quella di H.L.A. Hart, la cui più sofisticata “*norma di riconoscimento*”, se non ne ripete i caratteri, assolve compiti non dissimili dalla “*norma fondamentale*” kelseniana.

Per fortuna, in queste dottrine, talune delle quali confezionate (anche) in aperto dissenso dal “*totalitarismo*”, possono darsi prospettive alternative. Ma in esse, proprio perché si resta fedeli ad un impalpa-

bile principio di “positività”, o all’interpretazione di un “diritto” assunto preventivamente o apoditticamente come “positivo”, mettendo in disparte con la “morale” anche l’autonomia morale e l’autosviluppo delle persone, le prospettive additate dalle dottrine “totalitarie”, pur se non più considerate obbligate o fatali, restano prospettive perfettamente plausibili e congruenti.

Con la “norma fondamentale” di Kelsen e dei suoi seguaci, con la distribuzione delle “competenze” tratteggiata da Esposito, con quella specie di “meta-norma” che è immaginata da Ross o con la “norma di riconoscimento” di Hart – per l’elasticità di sostanza impressa a tutti tali concetti – resta plausibile e congruente che l’intero “sistema giuridico” sia unicamente appeso ad un principio dispotico, come il “Fuehrerprinzip” dei nazisti o la deferenza verso il “Duce” dei fascisti italiani. In altre parole, il “totalitarismo” è rimasto in gioco come espressione, tra le altre, di “diritto positivo”.

3. Le questioni poste dall’atteggiamento delle dottrine giuridiche e costituzionali verso il totalitarismo sono serie. Poiché in questione non è solo la facilità con la quale taluni autorevolissimi giuristi hanno avallato o addirittura caldeggiato l’abnorme dilatazione del potere o della forza sovrana, chiudendo gli occhi sullo smantellamento dei “diritti” delle persone. In questione è anche e soprattutto la circostanza che persino dottrine di segno diametralmente diverso, del tutto estranee a fascismo o nazismo ed alla degenerazione della rivoluzione sovietica, non abbiano saputo tracciare un sentiero per dare un argine alla sovranità ed al suo paradossale effetto sovvertitore dei diritti.

È questa una questione che, sorprendentemente, giuristi e costituzionalisti hanno sostanzialmente rimosso, anche dopo l’epilogo della seconda guerra mondiale, avente a protagonisti gli “Stati totalitari”. È sorprendente che anche gli isolati tentativi di spingersi oltre la sovranità, come quello di G. Radbruch, non abbiano trovato di meglio che risfoderare il “giusnaturalismo” di marca settecentesca, per sforzarsi di reperire una qualche soglia di “iniquità”, valicata la quale il diritto “positivo”, coincidente con quello degli Stati sovrani, potrebbe o dovrebbe cessare di essere vincolante.

Dopo la seconda guerra mondiale, sulle rovine ancora fumanti dell’Europa e nonostante la “guerra fredda”, è mutato il panorama in cui dibattere di “diritti fondamentali”.