

Dopo la certezza

Alfonso Liguori

<alfonso.liguori@alice.it>

Questo documento è soggetto a una licenza Creative Commons

18-12-2006

Sommario

Il testo recensito

In questo volume, Gianluigi Palombella raccoglie quattro saggi che, come avverte lo stesso autore, erano stati inizialmente intesi come “applicazioni” delle tesi del suo precedente libro *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*; ma che, sia per il loro contenuto sia per le loro stesse peculiarità teorico-giuridiche, hanno successivamente superato tale iniziale proposito. Parti di questo libro sono state già pubblicate autonomamente, risultando anche il frutto di importanti relazioni e lezioni tenute dall'autore; in ogni caso, tale libro si segnala comunque per la sua novità e, specialmente, per la coerenza e l'importanza delle tesi che vi sono descritte.

I diritti fondamentali, il problema della giustizia e della responsabilità civile, l'abuso del diritto e del potere e, infine, l'ordine neo-costituzionale europeo rappresentano i temi attraverso i quali Palombella enuclea la nuova esigenza cui il diritto contemporaneo è chiamato a rispondere: non più e non tanto la garanzia della certezza, quanto – quasi alla stregua d'un nuovo paradigma – la garanzia dell'“equilibrio”. Il diritto, nelle società contemporanee, tende a smarrire quei caratteri e quelle prerogative che lo avevano connotato nei due trascorsi secoli, ove risultava informato a un positivismo rigido, neutralizzava i conflitti e disciplinava i rapporti tra privati a partire dalla fonte e dalla posizione indiscutibilmente sovrana dello stato. Oggi il diritto relativizza il suo aspetto “autocratico”, principalmente in ragione di due fattori: il ruolo della costituzione, che limita in vari modi l'*auctoritas* politica; la notevole concorrenza delle fonti giuridiche internazionali e sovranazionali (e qui rilevano anche i processi di globalizzazione). In tale quadro, segna il passo l'idea iper-oggettivistica del positivismo europeo tradizionale e il giuridico, piuttosto che riprodurre l'ideale della certezza, tende a svolgere una funzione di equilibrio, ma anche di “resistenza” rispetto alle sollecitazioni etiche ed economiche “esterne”.

L'autore mette in rilievo, comunque, il percorso costituzionale contemporaneo anche in termini di filosofia del diritto: sembra necessario aggiornare il modello puramente formale della legalità weberiana, giacché il diritto di oggi, come ha mostrato Habermas, incorpora principi fondamentali che arricchiscono il senso della razionalità giuridica (si pensi alla razionalizzazione “rispetto al valore”); e, peraltro, proprio i principi consentono al diritto di svolgere una sperabilmente efficace funzione di equilibrio e ponderazione tra esigenze e interessi diversi. Al contempo, la sovranità personificata nel popolo, inteso in senso quasi metafisico, oggi va interpretata piuttosto in senso procedurale, come insieme di metodi e strumenti per l'equa e la plurale rappresentazione delle idee in conflitto. Così, il diritto, pur relativizzandosi, riacquista una nuova centralità, nella misura in cui proprio la sua dipendenza da dimensioni esterne e la sua progressiva valenza etica ne implicano il ruolo istituzionale e politico nel temperamento, ricco di contenuto, dei contrasti sociali. Tuttavia, al fine di preservare la risorsa indisponibile di giustizia che il diritto come tale ha da comunque da garantire, anche nelle complesse società occidentali - traversate ad esempio dal fenomeno del multiculturalismo – è sempre

necessario riferirsi all'idea del "giusto" nelle relazioni tra gli individui. A questo scopo il diritto ha il compito di mediare, per quanto è possibile e in maniera non eticamente unilaterale, «tra la giustizia e le deliberazioni collettive, tra diritti e decisioni democratiche, tra scelte e protezione delle condizioni di coesistenza giuridica, probabilmente nel senso stesso delle definizioni razionali del diritto proposte da Immanuel Kant» (p. 7).

Dunque, l'autore, pur sottolineando l'ineludibile valenza etica del diritto contemporaneo – si pensi al tema dei diritti fondamentali – ritiene al contempo che la garanzia dell'equilibrio che il diritto deve assicurare richieda un appello alla dimensione del "giusto" (kantianamente, il diritto è finalizzato all'autonomia e alla libertà). D'altro canto, l'attenzione all'eticità del diritto, per così dire, non implica, dal lato metodologico, uno scivolamento nel neo-costituzionalismo; piuttosto, Palombella, come già prima aveva chiarito, si dispone in favore d'una versione "inclusivista" del positivismo giuridico.

1. La chiave di lettura del "diritto in equilibrio" si rivolge innanzitutto al problema dei diritti umani e dei diritti fondamentali – e alla loro distinzione – entro gli stati costituzionali (pp. 23-77). I diritti umani in quanto tali, intesi in senso morale, puro e deontologico, sembrano collidere con le etiche contrastanti e le tradizioni sociali "comunitarie". Il problema può trovare soluzione, innanzitutto, distinguendo i diritti umani dai diritti fondamentali; mentre i primi rappresentano concezioni filosofico-morali in qualche modo "assolute" o comunque deontologiche, i secondi rappresentano in modo specifico, come *criteri di riconoscimento* del diritto valido, le finalità collettive dell'ordinamento, disvelando, così, un importante carattere etico e politico. In tal caso, il diritto offre la prestazione di accogliere al suo interno i diritti, *temperando* la "giustizia incorruttibile" dei diritti umani e la loro astrazione teorica. Dunque, il problema dei diritti, così impostato, non è filosofico ma istituzionale. Come scrive l'autore, «la resistenza del diritto opera in questo caso come agente di equilibrio tra la giustizia astratta dei diritti umani e i bisogni etici e istituzionali correlati invece al concetto di diritti fondamentali. Come si vede il diritto in equilibrio sostituisce largamente in questo caso l'inutilizzabile idea della certezza» (p. 16). Tale distinzione, peraltro, se sembra svalutare, in apparenza, il carattere *politico* dei diritti umani – come gli viene attribuito, ad esempio, da Michael Ignatieff –, invero ne sottolinea l'importante aspetto critico e normativo: sia rispetto alle diverse etiche comunitarie che alle cosiddette finalità di *policies*. Coerentemente, allora, come per Dworkin e Habermas, i diritti umani andrebbero considerati come *trump cards*, ovvero prerogative (morali) non negoziabili. In questo quadro, tuttavia, appare contraddittoria la posizione di Habermas il quale, da un lato, sostiene il carattere morale, individuale e deontologico dei diritti mentre, dall'altro lato, ha insistito anche sullo sviluppo "democratico" dell'universalità dei diritti, ad esempio nel dibattito con Charles Taylor. Ancora una volta, la contraddizione si supera, secondo Palombella, proprio attraverso la distinzione tra i diritti umani e i diritti fondamentali, in base alla quale i diritti in senso giuridico rappresentano finalità collettive dell'ordinamento, pretese *teleologiche*, fin dall'inizio coinvolte in questioni di taglio etico-politico. Da questo punto di vista, l'autore sottolinea come la nota idea habermasiana della cooriginarietà tra diritti umani e sovranità popolare rischi di subordinare, in modo circolare, i diritti al consenso politico comunitario; in guisa da far evaporare il loro potere critico-normativo. Semmai, la risorsa morale e di "giustizia" rappresentata dai diritti umani – intesi anche come "astinenza dal male" – si salvaguarda non rendendoli "ubiqui", ossia evitando di confonderli con una tra le possibili e determinate scelte etiche della democrazia.

Corollario di questa concezione è la considerazione degli *human rights* come "astratti" e neutri; mentre i diritti "in senso giuridico" sarebbero "fondamentali e concreti". Ma la *content neutral autonomy* dei diritti umani rispetto ad etiche in ipotesi distruttive (*self-defeating*) è dubbia: invero, va preso atto che le differenti culture, candidate ad affermarsi nelle società democratiche plurali, possono risultare ovviamente più o meno compatibili con la morale riconosciuta nelle teorie dei diritti umani. In tal senso, ogni etica deve misurarsi con i confini di un ordinamento che ad esempio accolga – come viepiù accade in Occidente – tra i diritti fondamentali proprio il rispetto dei diritti dell'uomo.

Ulteriore conseguenza, è che mentre i diritti umani presentano una intrinseca aspirazione universale, i diritti fondamentali – come fini collettivi e principi sostanziali dell'ordine costituzionale – non assumono tale pretesa; piuttosto, tali diritti presuppongono un consenso e, dunque, un riconoscimento politico che è la condizione stessa della loro esistenza, quantomeno in un determinato sistema giuridico. *Ergo*, se i diritti umani presumono una validità incorruttibile, scevra da delusioni, i diritti fondamentali dipendono dal loro concreto esercizio, dunque in modo forte dalla dimensione dell'effettività. Pertanto, l'estraneità dei diritti dell'uomo, come filosofia teorico-morale, ai sistemi politici e sociali "reali", significa che il problema politico dei diritti si misura sul loro eventuale carattere "fondamentale". Sicché, avverte Palombella, la lotta in favore dei diritti implica che chiunque pretenda la loro più estesa applicazione debba partire dall'etica invalsa, qualunque essa sia: comprendere che l'obiettivo non è tanto una astratta giustiziabilità dei diritti umani (magari su scala planetaria), quanto l'approntare quell'insieme di risorse pubbliche che ne rendano possibile una concreta attuazione.

Infine, ed è questo forse l'aspetto più interessante e politico della questione, data la natura collettiva, sociale ed istituzionale dei diritti fondamentali, occorre escluderne una versione puramente liberale, che veda cioè i diritti come barriera a protezione dell'autonomia privata, contra le istituzioni politico-giuridiche. Pur nella protezione ineludibile della "libertà negative", è piuttosto necessario intendere i diritti come riflesso d'una cultura pubblica che riconosca ad alcuni beni il valore di fini (e diritti) fondamentali. Peraltro, il probabile contrasto tra le differenti culture collettive operanti in uno stesso sistema sociale ed istituzionale è regolato non tanto dalla logica pura dei diritti umani, quanto dalla *tensione sopportabile* tra tale sistema e le pratiche sociali dei vari gruppi culturali. Di nuovo, il problema non è filosofico ma politico-istituzionale: la pressione delle etiche particolari sul sistema giuridico, attraverso l'arena pubblica, rappresenta davvero una reinterpretazione complessiva della natura generale delle società liberal-democratiche.

2. Il secondo tema rilevante per il "diritto in equilibrio" è quello della responsabilità civile, del danno ingiusto, tra esigenze etiche e pretesa di giustizia (pp. 79-133). Palombella evidenzia come la responsabilità civile persegue comunque un'etica determinata, dunque quei valori che si intendano proteggere; ma, afferma con decisione l'autore, «sarebbe alquanto strano che si vincolasse un istituto giuridico, come la responsabilità per danno ingiusto, in via definitiva, a una sola etica, come tale transeunte e comunque contingente. Il punto è che giustizia e etiche meritano di essere distinte. Si deve richiedere 'giustizia' in presenza di qualsiasi 'etica'» (p. 81). La distinzione tra etica e giustizia, tra morale e "bene", utile anche ad illustrare il tema della responsabilità civile, è invero argomentata da Palombella a partire da considerazioni generali di filosofia del diritto. In tal senso, l'autore sottolinea l'intrinseca "moralità" del diritto: si pensi a Lon Fuller, secondo cui il diritto, per le sue proprietà procedurali e formali – come la generalità, l'irretroattività, la corretta applicazione, la costanza, l'irretroattività, la pubblicità e la conoscibilità –, presenterebbe una *inner morality*, certamente distinta dalla morale positiva o socialmente corrente. E si pensi anche ad Habermas, il quale ha criticato il paradigma giuspositivistico weberiano in quanto non avrebbe avuto conto del nucleo morale intrinseco al proceduralismo giuridico-democratico. La preoccupazione del positivismo giuridico, pur fondata, di evitare una ideologia o una "eticizzazione" del diritto, non può eludere la *inner morality*, quella struttura morale del diritto (risalente già a Kant) che non si confonde con i valori delle diverse e possibili etiche. Le condivisibili obiezioni di Kelsen e Hart al giusnaturalismo o all'ideologismo giuridico, in tutte le sue forme, non tolgono che le «proprietà formali del diritto se unite alla logica della divisione dei poteri pubblici, pongono per la giustizia condizioni irrinunciabili, senza le quali essa è impossibile» (p. 86). Bisogna allora riattualizzare l'insegnamento kantiano, per cui il diritto è anche l'insieme delle condizioni deontologiche che consentano la coesistenza degli arbitrii, secondo una possibile legge universale di libertà.

In tal senso, la giustizia rappresenta quei presupposti giuridici indispensabili alla società, come «collettività morale minima». D'altronde, già Aristotele distingueva la virtù dalla giustizia, in quanto la prima è una questione di *disposizione personale*, mentre la seconda concerne, intersoggettivamente, il «rapporto agli altri» (*Etica Nicomachea*). Se è vero che la giustizia entra poi nella storia, consentendo istituzionalmente di determinare particolari scelte etiche, altrettanto vero è che rappresenta una risorsa indisponibile del diritto moderno.

In questo quadro, l'istituto della responsabilità civile – si pensi all'art. 2043 del codice civile italiano, secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» –, concernendo le relazioni orizzontali tra individui, si iscrive, à la Kant, nell'alveo della *giustizia secondo eguaglianza*, per il bilanciamento, il ripristino delle posizioni conflittuali tra agente e danneggiato. Palombella si riferisce ancora ad Aristotele, laddove egli distingueva tra la *giustizia distributiva*, per cui si può ricevere in modo diverso a seconda dei criteri di merito, dalla *giustizia correttiva*: essa attiene all'eguaglianza nelle relazioni dirette tra le parti, implicando perciò la correzione delle posizioni soggettive secondo criteri essenzialmente «aritmetici». Alla stregua di tanto, la responsabilità civile, ispirata a criteri di eguaglianza correttiva, concerne più la situazione preesistente (al danno) che non il futuro. Inoltre, il risarcimento per danno va ben distinto dall'apparentemente analogo istituto dell'indennizzo (cfr. art. 42, co. 3, della Costituzione ovvero l'art. 834 del codice civile): l'indennità si inquadra nella giustizia distributiva perché risponde maggiormente a criteri etici. La giustificazione dell'indennità – si pensi all'espropriazione per pubblico interesse – è in una «nuova distribuzione dei beni», ricollocante gli interessi, tra pubblico e privato, secondo una nuova gradazione. Infine, Palombella segnala altresì la differenza tra la misura correttiva dell'ineguaglianza tra le parti (è l'ipotesi del danno ingiusto) e la giustizia retributiva spesso invalsa in ambito penale. La giustizia retributiva, che pure rappresenta una notevole giustificazione della del diritto penale e della pena, ha un evidente scopo etico, di tutela di un particolare bene o valore; essa, dunque, non riguarda il «giusto» tra le parti, in tal caso tra l'agente e l'offeso dal reato; non mira al «ristoro del danneggiato», sibbene alla punizione del colpevole (scopo evidentemente del tutto diverso dal risarcimento del danneggiato). Più in generale, Palombella inquadra l'istituto risarcitorio nella giustizia correttiva anche in base alla lettura del moderno diritto civile notoriamente proposta da Émile Durkheim: la «prestazione allocativa del diritto civile» è rivolta alla *reintegrazione* e, in questo senso, anche al ristabilimento dell'equilibrio.

Notevole è anche la questione della «giustizia oltre la colpa»: in assenza della colpa dell'agente – requisito minimale della responsabilità – si rischierebbe di sfavorire l'esigenza risarcitoria del danneggiato, involgendo di nuovo una questione di giustizia. L'ampliamento dei casi, anche normativamente previsti (si pensi alla responsabilità oggettiva), del risarcimento *in ogni caso*, è spesso giustificato da specifici valori etici, come uno scopo di politica pubblica, la valorizzazione della ricchezza, il liberismo economico. Beninteso, si tratta di valori anche importanti, ma è necessario non sacrificare l'ispirazione comunque «correttiva» dell'istituto della responsabilità civile. In tal senso, Palombella si richiama a Jules Coleman, secondo cui l'illecito civile, rispetto al reato, dipende da una maggiore «oggettivazione» dell'azione lesiva, da giudicare in base a standard oggettivi, prevalenti sulla colpa dell'agente (cfr. anche la recente dottrina italiana, specie le tesi di Stefano Rodotà). Certo, incombe sempre il rischio di una pressione etica eccessiva sull'istituto del risarcimento da danno ingiusto, ossia la sostituzione della giustizia correttiva con quella distributiva (è il caso, ad esempio, della logica della deterrenza ovvero, ancor di più, del danno esistenziale). Inevitabilmente, nella prassi risarcitoria, ricorrono svariate concezioni del bene e valori importanti; ma, come avverte Palombella, il diritto ha sempre una stessa concezione del giusto. Dunque, «questa duplice ineranza del 'danno' al giusto e al bene, deve essere mantenuta: e ogni progresso morale, misurato sugli stessi ideali etici del nostro occidente europeo, avviene solo quando il riferimento ai beni da proteggere avanzi nel rispetto della struttura fondamentale della giustizia» (p. 133).

3. Terza questione affrontata da Palombella secondo l'idea del "diritto in equilibrio" è l'abuso del potere e del diritto (pp. 135-172). In particolare, l'abuso dei diritti soggettivi, ossia di chi esercita il proprio diritto, è un tema non particolarmente sentito entro le società occidentali avanzate, ove si apprezza maggiormente il tema della lesione dei diritti da parte dei pubblici poteri. Gran parte della cultura giuridica dei paesi costituzionali si concentra, infatti, sulle pretese individuali *contra* la pubblica autorità; essa vuol proteggere i diritti soggettivi attraverso vincoli esterni al potere esecutivo e legislativo, e affidandosi in modo forte al ruolo della *giurisdizione*. Senonché, secondo l'autore, in tal guisa si tende a ignorare che il potere delle democrazie costituzionali non tanto è limitato, quanto si atteggia in modo diverso proprio in ragione della costituzione: l'*auctoritas* deve riconoscere i diritti individuali e il più possibile attuarli. La tutela dei diritti, dunque, grava sulle istituzioni in generale: di qui, l'importanza dell'equilibrio interno alla logica stessa dei poteri, che non richiede certo un sovraccarico del ruolo della *iurisdictio*. Palombella vuol dimostrare che la violazione dei diritti dovuta all'abuso dei titolari di altri diritti o del potere, anche a causa del pedissequo rispetto delle forme (*dura lex sed lex*), non dipende sempre e comunque dal richiamo ai diritti umani quali *trump cards*, ma dal ricorso a criteri e limiti interni allo stato di diritto. Si tratta di limiti dovuti alla costituzione, desumibili a posteriori anche dalla elaborazione giurisprudenziale, i quali configurano il senso relazionale della giustizia: in modo da non subordinarla a pratiche di legittimazione di ciò che il diritto non intende affatto proteggere. L'equilibrio del diritto, in tal caso, dipende allora soprattutto dal ricollegare le regole ai principi. Richiamandosi ad Atienza e Manero, per Palombella «è il principio che permette, tra i possibili casi di esercizio consentiti dalla norma (la quale ponga un diritto soggettivo, o affidi un potere o una funzione) di escluderne alcuni come illeciti, perché eccedono l'ambito 'giustificato' cui la regola può estendersi. E questo vale in casi che possono riguardare anche i diritti fondamentali» (p. 145). L'autore ritiene dunque che, in tema di abuso, il richiamo ai diritti come "carte vincenti" (à la Dworkin) si rivela inefficace e talvolta controproducente, se si pensi alla loro pericolosa strumentalizzazione ideologica. L'enfasi unilateralmente deontologica sui diritti può favorire una certa "insensibilità" sulla questione dell'abuso.

Del pari è rischioso il richiamo pedissequo alle regole generali del *rule of law*, quando ciò significhi insensibilità verso le *rationes decidendi* più adatte al caso singolo, come pure ha proposto Antonin Scalia (giudice della Corte Suprema americana). Invero, avverte Palombella, gli stati costituzionali pretendono il ricorso graduale ai principi, in modo da non considerare determinate regole come valedoli in assoluto: si tratta di operare attraverso il bilanciamento di principi variamente importanti, che non proteggono – contrariamente a quanto ritenuto da Dworkin – soltanto i *moral rights* ma anche, legittimamente, obiettivi ed interessi pubblici.

Infine, come si accennava, la logica dei limiti interni agli stati costituzionali può funzionare come utile antidoto, per così dire, all'abuso del potere, anche più che non il richiamo (talvolta ideologico) alla mera tutela delle posizioni individuali. L'autore mostra l'esempio del caso *Padilla vs. Rumsfeld*, riguardante l'abuso del potere a Guantanamo Bay: la Corte Suprema ha considerato irricevibile il ricorso, motivato dall'*habeas corpus*, di Padilla, siccome indirizzata alla corte federale di New York e non a quella del South Carolina, ove il ricorrente, come *enemy combatant*, era stato successivamente trasferito. Secondo la decisione della Corte lo statuto delle garanzie processuali di libertà richiede che le petizioni contro gli arresti siano proposte presso il distretto in cui avviene la detenzione: diversamente, si legittimerebbe la scelta arbitraria, da parte del detenuto, del foro di giudizio. Senonché, Palombella segnala la *dissenting opinion* del giudice Stevens: a suo avviso, l'abuso in tal caso risiederebbe nel contegno delle autorità militari che si sono arrogate il potere di trasferire il detenuto come se ciò consistesse in un "diritto di processare" gli arrestati in un qualunque luogo a discrezione dell'autorità. Allora, in gioco sono soprattutto i rapporti tra il potere esecutivo e il giudiziario nonché, chiaramente, i principi del *due process*; l'argomentazione di Stevens, condivisa da Palombella, in tal caso non poggia tanto sul discorso della violazione dei diritti umani, ma piuttosto dipende dalla inaccettabilità delle finalità del potere e ovviamente dal dispregio dei limiti interni allo

stato di diritto. Nel caso *Rasul vs. Bush*, invece, la Corte Suprema ha respinto le argomentazioni dell'amministrazione americana, consentendo a ogni corte federale, nell'ambito della rispettiva giurisdizione, di ricevere ricorsi di *habeas corpus* da chiunque reclami la violazione di tale fondamentale principio. In tal frangente, peraltro, la Corte richiama un precedente in cui si afferma che il reparto di giurisdizione va riferito al luogo di appartenenza dei "custodi" e non a quello ove risiedono i detenuti. L'opinione dissenziente del giudice Scalia tende invece a negare l'applicazione delle leggi di garanzia indipendentemente da un rigido criterio di competenza (insomma, a Guantanamo, non soggetta alla giurisdizione statunitense, non dovrebbe applicarsi alcun principio di *habeas corpus*). Tanto, dunque, avverte Palombella: «Il punto è che Guantanamo doveva restare quel luogo di sospensione della civiltà giuridica, per cui essa è funzionale agli interessi degli Stati Uniti. Ma credo che questo integri un abuso del *rule of law*, prima ancora che una violazione dei diritti umani dei detenuti. E' in linea di principio illecito 'costruire' un luogo in cui il potere esecutivo sia magicamente sottratto alla giurisdizione di qualunque Tribunale, civile e militare. Questa illiceità interna è il presupposto per compiere qualsiasi atto, anche violazioni dei diritti umani» (pp. 170-171).

4. La quarta ed ultima questione del "diritto in equilibrio" concerne il discorso costituzionale europeo (pp. 173-241). La costituzione europea implica la corretta definizione della natura politica dell'Unione e, in particolare, il problema se sia possibile "quadrare il cerchio" della cittadinanza europea, della sovranità, della *Kompetenz-Kompetenz* e della democrazia delle istituzioni comunitarie. Per Palombella, il limite del diritto dei Trattati è nell'assenza d'un fondamento costituzionale, per cui esso sembra dispiegarsi come burocratico ed autopoietico, idoneo per lo più alla regolazione giuridica del mercato e alla composizione degli interessi degli Stati. La costituzionalizzazione dell'Unione, invece, potrebbe, da un lato, attribuire maggiore autonomia all'ordinamento europeo come tale; e, dall'altro, rafforzare il significato politico della cittadinanza europea. In tal caso, dunque, la funzione di equilibrio che il diritto (europeo) deve assicurare dipende anche dal processo politico di autonomizzazione dell'Europa; è tuttavia evidente, secondo Palombella, che l'equilibrio delle istituzioni comunitarie non passa tanto attraverso il diritto amministrativo ma, coerentemente, nel diritto costituzionale.

Nel panorama della globalizzazione, peraltro, l'Europa, pur richiamandosi a principi e diritti ritenuti universali, non si atteggia affatto in chiave cosmopolitica o de-spazializzante: in realtà, essa rappresenta un ordine giuridico autonomo, un'entità politica determinata, un'area regionale che – per quanto pluralistica (si pensi alla molteplicità degli Stati membri e dei relativi "popoli") –, appare certamente in grado di esercitare il suo peculiare ruolo sulla scena planetaria. Anche sulla scorta di tale considerazione, l'autore passa poi ad enucleare i "piani distintivi" del costituzionalismo europeo da quello tradizionalmente statuale e moderno. Il primo è nell'assenza dell'individuo, nel senso della mancanza di un'ideologia propriamente individualistica (o strettamente liberale): il riferimento dell'ordinamento europeo, in tal senso, non è tanto l'individuo, bensì l'insieme dei popoli comunitari. Ma l'Europa non è per tanto "comunitarista"; in realtà, come avverte l'autore, essa sembra mediana tra liberalismo e comunitarismo, nella misura in cui prova istituzionalmente a mediare tra le esigenze giuridiche individualistiche ed i principi e le prerogative pubblico-politiche. In tal caso, peraltro, il costituzionalismo europeo sembra molto più vicino al costituzionalismo (interno) contemporaneo che non a quello "giusnaturalistico" della prima modernità; se si pensi all'importante modello della democrazia costituzionale: esso offre, per parte sua, proprio la sintesi (potremmo dire, repubblicana) tra autonomia privata e sovranità popolare. Il secondo piano è, come si diceva, la natura etico-politicamente (e spazialmente) determinata dell'Europa; essa non copre la totalità planetaria, ma uno spazio certo in cui assumere il punto di vista dell'insieme: un *point of view* che essa richiede anche ai cittadini europei, senza però negare la loro stessa identità nazionale. Il terzo piano distintivo consiste, infine, in ciò che la costituzione europea, piuttosto che "liberare" da una precedente e più alta sovranità, costituisce essa stessa il potere: un potere, però, pluralistico, siccome ricava la propria legittimità anche dagli stessi Stati membri.

Naturalmente, il percorso europeo implica anche il superamento del nesso ineludibile tra popolo e costituzione. Mentre un autore come Dieter Grimm ha ritenuto insuperabile il diritto dei Trattati, in quanto la costituzione europea non potrebbe essere legittimata da un assente *demos* comunitario; Habermas, com'è noto, ha sostenuto la valenza politico-comunicativa, artificiale, della *societas* europea, la cui formazione dipenderebbe dall'attivazione della sfera pubblica e dalla implementazione costituzionale, non richiedendo affatto alcuno spirito etnico e pre-politico. Palombella è fondamentalmente d'accordo con Habermas: in tal caso, coerentemente, il *demos* europeo non avrà fonte nell'*ethnos*, e andrà considerato – come la stessa sovranità – in senso procedurale, come «luogo pre-regolato di esistenza comune» dei popoli dell'Unione. Secondo l'autore, tuttavia, finora la società europea si è palesata ancora come il luogo hegeliano del “sistema dei bisogni”; mentre soltanto a partire dalla promulgazione della Carta dei diritti fondamentali ha assunto come centrale la questione controversa della sfera pubblica e del benessere comune.

Per l'Europa, ovviamente, anche il concetto di sovranità si problematizza: si tratta di passare dall'idea di un Rousseau che identificava sovranità politica e cittadinanza, ad un paradigma più fluido; all'Unione «sembra oggi adattarsi un diverso paradigma usato per l'ordine globale e internazionale da teorici come Hedley Bull [*The Anarchical Society*], il quale aveva definito ‘neo-medievalismo’ un fenomeno complesso in cui tra l'altro spiccavano la sovrapposizione e la concorrenza di molteplici autorità legittime in uno stesso ambito decisionale» (p. 196). D'altro canto, se può darsi per acquisito il tramonto della “sovranità dello Stato”, all'opposto è necessario credere nella “sovranità dei cittadini”, anche a livello europeo. Il cosiddetto *deficit* democratico dell'Unione va colmato, innanzitutto perché il nuovo assetto costituzionale europeo richiede una legittimazione politica ulteriore: non soltanto giuridica, ma anche politico-democratica, ossia ancorata alla necessaria consapevolezza del carattere politico-istituzionale e non soltanto giuridico-regolativo del potere europeo. Le peculiarità della democrazia costituzionale europea, comunque, stanno nel pluralismo interno all'Unione e nella pre-esistenza di una tradizione giuridica dell'Europa. La nuova costituzione, dunque, non può di certo ignorare il ruolo istituzionale degli stati membri né dei popoli europei e della loro sovranità: «il mondo politico europeo ha bisogno anche degli stati membri come organo costituzionale dell'Unione» (p. 203).

Da lato più propriamente istituzionale, peraltro, l'autore segnala il carattere multiplo dell'ordinamento europeo: «l'Europa non è un sistema normativo con un'unica, semplice, norma fondamentale che prevale su (e sostituisce) quella nazionale. Quel che si produce è semmai una struttura ‘cooperativa’ dell'ordinamento» (p. 209). Anche per questo, l'Europa vive di un proprio concetto di cittadinanza politica che, valorizzando la pluralità dei popoli europei, non prova affatto a utilizzarli come veicolo di una unificazione degli individui su scala planetaria (come sembra fare la variante post-kantiana, e quasi impolitica, della pace perpetua proposta da Habermas). Invero, l'Unione europea dispone di una norma fondamentale inclusiva che non opera certo contro gli Stati, ma con gli Stati. E' il modello di una “sovranità mista”, imputata ad almeno due elementi; una articolazione di due sistemi diversamente organizzati, l'uno in forma di Stati, l'altro in forma di futura società politica. In tal senso, l'Unione ha da riconoscere la differenza giuridico-politica tra cittadino europeo e stato di appartenenza. L'appartenenza all'Unione, così, è «sempre il risultato cosciente di un giudizio di compatibilità preventivo tra la norma fondamentale dell'Unione e la norma fondamentale dei singoli sistemi giuridico-politici nazionali» (p. 211).

In definitiva, per Palombella, l'Unione europea rappresenta una inedita entità politica, il cui costituzionalismo di fondo non è, ideologicamente, individualistico-liberale. All'astrattezza dei diritti umani, replica con la valorizzazione delle tradizioni etico-politiche degli stati e della stessa tradizione giuridica europea; l'ordine europeo, inoltre, si propone di “governare l'insieme”: un insieme eticamente significativo, che non pretende di ancorare la cittadinanza a individui socialmente “disincarnati”, non distrugge la molteplicità delle patrie e dei popoli, ma, come in una *Aufhebung*

hegeliana, intende anche conservare le pregresse tradizioni politiche e giuridiche. Infine, l'ordine giuridico europeo, coerentemente, assume i diritti anche come *goals*, ossia come finalità collettive delle istituzioni comunitarie. Non basta, perciò, una loro declamazione deontologica; essi sono obiettivi interni al potere comune, che si struttura proprio in vista di quegli obiettivi, a loro volta non riducibili al «puro arbitraggio delle condizioni di sicurezza delle libertà individuali» (p. 229). D'altro canto, proprio i «diritti come *goals*» consentono di attribuire alla cittadinanza europea un carattere riflessivo e deliberativo: insomma, un'importante valenza politica. In questo quadro complesso, si rivaluta il ruolo degli Stati che non si svuota affatto in ragione delle prerogative sovranazionali: anzi, come avverte l'autore, proprio le istituzioni degli stati europei rappresentano un risorsa per l'Unione. L'equilibrio tra dimensione statale e comunitaria, infine, richiede la costante interazione da parte nazionale con il Parlamento europeo. Come scrive Palombella, «il dialogo tra Parlamenti sarebbe la prima forma, non giudiziaria e non mercantile, dell'attuazione dei compiti dell'Unione» (p. 240).

In conclusione, si può dire che il volume di Palombella oltre a rappresentare un insieme di tesi coerenti con la filosofia giuridica dell'autore, ha il merito di mettere in luce il "nuovo paradigma" del diritto contemporaneo, misurandosi peraltro con questioni importanti per il presente e per il futuro stesso delle istituzioni politiche e giuridiche, sia su scala nazionale sia europea.

Il testo recensito

Gianluigi Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*. Bari, Edizioni Dedalo, 2006