

Il fascino discreto della sovranità?

TECLA MAZZARESE

Abstract: In the perspective of an ongoing confrontation with Danilo Zolo's view, this paper focuses on two main factors increasingly affecting the crisis of the State and its sovereignty since the second half of the last century: the (dis)ordered development of the (inter)national fundamental rights law, on the one side and, on the other, the always more pervasive diffusion of the *lex mercatoria* in its different forms. Rarely considered in the symmetrical opposition that connotes their impact on today's sovereignty crisis, the two factors together show that the main point is not whether to support sovereignty once again but rather how to choose between two alternative and irreconcilable systems of values: that of the neoliber(al)ism with its straight defense of economic profit and partisan interests, or that of the constitutionalism of the second half of last century based on solidarity and the protection of dignity, fundamental rights and commons.

[**Keywords:** sovereignty; (inter)national fundamental rights law; *lex mercatoria*; constitutionalism; neoliberalism]

Il declino della sovranità degli Stati nazionali sembra ormai irreversibile. I processi di globalizzazione hanno definitivamente messo in crisi il sistema vestfaliano degli Stati nazionali sovrani, che non sono più in grado di affrontare problemi di scala globale, come il contenimento del dissesto ecologico, l'equilibrio demografico, lo sviluppo economico, la pace, la repressione della criminalità internazionale, la lotta contro il *global terrorism*.

(D. Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto")

1. Crisi dello Stato e necessità di scegliere fra due sistemi valoriali simmetrici e opposti

La crisi dello Stato e della sua sovranità ormai da anni è tornata al centro dell'attenzione non solo di molte discipline giuridiche¹ ma anche economiche e politiche. Un'attenzione

¹ Non nuovo, in realtà, il problema della crisi dello Stato e della sua sovranità. In una prospettiva forse meno connotata dalla sollecitazione di analisi di aree tematiche fra loro diverse, esso è già tematizzato da Santi Romano nel suo discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 dell'Università di Pisa: S.



sempre più diffusa che ha contribuito allo sviluppo di una letteratura nella quale, indipendentemente dall'area di riferimento, sono diverse: (i) le prospettive in relazione alle quali il problema è affrontato, (ii) le criticità che ne sono denunciate e (iii) le ragioni delle soluzioni suggerite per venirne a capo.

Di una letteratura così poliedrica ciò che disorienta maggiormente non è però né la varietà e pluralità di posizioni discordi né il diffuso disinteresse reciproco fra le diverse posizioni riguardo alle rispettive argomentazioni – tratto, questo, del disinteresse verso le argomentazioni altrui, ormai consueto nel dibattito pubblico e sempre più frequente anche in quello teorico e accademico – quanto piuttosto la scarsa attenzione di molte posizioni, per un'analisi che tenga conto unitariamente, in un quadro complessivo e non artatamente unilaterale, dell'eterogeneità dei fattori – dissonanti nelle rispettive dimensioni valoriali e/o ideologiche – che hanno contribuito a condizionare la crisi dello Stato e della sua sovranità.

In particolare, ciò che disorienta maggiormente è che, dei due principali ordini di fattori – ad oggi simmetrici e opposti – che negli ultimi decenni hanno influito su questa crisi, chi si è occupato delle cause e delle conseguenze del primo ordine di fattori raramente ha prestato attenzione alla pluralità di interferenze con le cause e le conseguenze del secondo, e viceversa. In altri termini, chi si è preoccupato di prendere in considerazione le forme di limitazione della sovranità statale condizionate dai settantacinque anni di (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale e dei suoi principi fondanti, non sempre ha tenuto conto delle forme di erosione della sovranità statale determinate dall'affermazione, sempre più incalzante e travolgente dalla fine degli anni Ottanta del Novecento, di una visione neoliberal(al)ista della globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati. E viceversa.

Raramente, cioè, si è tenuto conto che, per un verso, la problematicità di uno sviluppo asistemico, se non addirittura caotico, del diritto dei diritti fondamentali nella sua poliedrica dimensione nazionale, regionale, transnazionale e internazionale, e, per altro verso, la problematicità della proliferazione delle nuove forme di diritto sovranazionale e transnazionale relative alla globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati sono due aspetti simmetrici e opposti della crisi dello Stato e della sua

Romano, "Lo Stato moderno e la sua crisi", *Rivista di diritto pubblico*, (1910), ried. in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 3-26.



sovranità²; due aspetti simmetrici e opposti che, nella configurazione in cui l'uno e l'altro trovano oggi espressione, condizionano due valutazioni fra loro inconciliabili dei termini in cui affrontare la crisi dello Stato ripensando, ridefinendo o riaffermando le forme e i modi della sua sovranità³. Due valutazioni inconciliabili perché, banalmente, la tutela dei diritti fondamentali è inconciliabile non tanto con le forme di globalizzazione di economia, finanza e mercati (dalle quali, oggi più che mai, non si può prescindere) quanto piuttosto con la loro spregiudicata declinazione neoliber(al)ista.

Ora, se queste prime notazioni sono corrette, il problema principale cessa di essere quello della crisi dello Stato e della sua sovranità e diventa quello della scelta fra costituzionalismo e neoliber(al)ismo nei termini in cui l'uno e l'altro si sono andati configurando a partire dal secondo Novecento. Lo chiarisce bene, nell'apparente semplicità del suo linguaggio, Papa Francesco, là dove scrive:

Un'economia giusta deve creare le condizioni affinché ogni persona possa godere di un'infanzia senza privazioni, sviluppare i propri talenti nella giovinezza, lavorare con pieni diritti durante gli anni di attività e accedere a una pensione dignitosa nell'anzianità. [...] *Questa economia è non solo auspicabile e necessaria, ma anche possibile. Non è un'utopia o una fantasia. È una prospettiva estremamente realistica. Possiamo farlo.* [...] *Il problema, invece, è un altro.* Esiste un sistema con altri obiettivi. Un sistema che oltre ad accelerare in modo irresponsabile i ritmi della produzione, oltre ad incrementare nell'industria e nell'agricoltura metodi che danneggiano la Madre Terra in nome della "produttività", continua a negare a miliardi di fratelli i più elementari diritti economici, sociali e culturali⁴.

² Nella prospettiva del crescente disordine delle fonti del diritto nazionale e internazionale, questi due ordini di fattori (ad oggi simmetrici e opposti), sono presi in esame in T. Mazzaresse, "Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali. Un'introduzione", in Ead. (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, sezione monografica di *Diritto & questioni pubbliche*, (2017), 1, pp. 7-12, Ead., "La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto", in Ead. (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, sezione monografica di *Diritto & questioni pubbliche*, (2017), 1, pp. 109-37, e Ead., "Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine", *Lo Stato*, 12 (2019), pp. 461-47.

³ Così, come si preciserà nel testo (§ 4), anche in Zolo che, nonostante abbia individuato e criticato entrambi gli ordini di fattori che hanno condizionato la crisi della sovranità statale degli ultimi decenni, non ha mai esplicitamente tematizzato la contrapposizione fra rivendicazione della tutela e implementazione sovranazionale e internazionale dei diritti fondamentali, per un verso, e, per altro verso, pretesa dell'assoluta libertà di perseguire i propri interessi di parte come principio preminente e prioritario dell'odierno anarchismo della globalizzazione dei mercati, dell'economia e della finanza.

⁴ Papa Francesco, *Seminari di cambiamento*: http://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2016/november/documents/papa-francesco_20161105_movimenti-popolari.html 2016, ried. in Papa Francesco, *La dittatura dell'economia*, a cura di U. Mattei, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2020, pp. 122-23, corsivo mio. In termini non ecclesiali come quelli di Papa Francesco, ma politici e/o economici e/o ecologico-ambientali e/o medico-scientifici, il nodo centrale di questa contrapposizione ideologico-valoriale è oggetto di sempre maggiore attenzione nella letteratura di molte discipline per quanto ancora largamente ignorato nella politica economica nazionale, regionale e internazionale.



Il problema non è più, dunque, se cedere, ancora una volta, al fascino discreto della sovranità ma quello di scegliere quale sistema valoriale, o, se si preferisce, quale ideologia privilegiare – difendere il neoliber(al)ismo, contrariamente a un’opinione largamente diffusa, non è infatti meno ideologico che contestarlo⁵ – nel tentativo di porre argine al disordine giuridico-istituzionale, politico ed economico e, non meno significativamente, ecologico-ambientale degli ultimi decenni.

Questo, in sintesi, il tema affrontato in queste pagine. Tema, in particolare, preso in esame con riferimento al pensiero di Danilo Zolo per riprendere, ancora una volta in (dis)accordo⁶, le fila di un dialogo costante negli anni, fino alla lettura delle pagine di *Firenze profetica*, il suo ultimo libro mai concluso e rimasto inedito⁷.

Il confronto comincerà sin dalle prime battute. È infatti con riferimento alla sintesi chiara e puntuale che Zolo ne propone, che queste pagine prendono le mosse dalla radicale trasformazione dei tratti distintivi della sovranità statale delineata e programmata a partire dalla Carta dell’ONU del 1945, rispetto a quelli che ne avevano scandito e connotato le forme nella Pace di Vestfalia (§ 2), trasformazione, quella della sovranità statale delineata nella Carta dell’ONU a partire dalla quale e in relazione alla quale si procederà all’esame dei due ordini di fattori che, come già accennato, negli ultimi decenni hanno maggiormente contribuito alla crisi dello Stato; alla crisi, come puntualmente precisa Zolo, dello “Stato di diritto”⁸, anche se, forse, sarebbe opportuno specificare

⁵ Lo dice bene L. Ferrajoli, *Perché una costituzione della Terra?*, Torino, Giappichelli, 2021, là dove, rivendicando il realismo della propria posizione spesso tacciata di utopia, contesta “[l’]idea che ‘non esistono alternative’ agli assetti di potere e alle politiche attuali” perché è “una tesi palesemente ideologica, di legittimazione di quanto accade e non accade” (*ibid.*, p. 59); là dove, cioè, sollecita a non “confondere i problemi teorici con i problemi politici e [a non] concepire come utopistico o irrealistico, occultando le responsabilità della politica, ciò che semplicemente non si vuole fare e che solo per questo è improbabile che si faccia” (*ibid.*, p. 63). Sul realismo della posizione di chi promuove “un costituzionalismo sovranazionale in grado di colmare il *vuoto di diritto pubblico* prodotto dall’asimmetria tra il carattere globale degli odierni poteri selvaggi dei mercati e il carattere ancora prevalentemente locale della politica e del diritto” (corsivo nel testo), Ferrajoli torna ancora in, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2021, *passim* e in *Perché una costituzione della Terra?* cit.

⁶ Il termine allude alla formulazione della dedica a Danilo Zolo (oltre che a Luigi Ferrajoli e a Mariella Pasinati) di T. Mazzaresse (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁷ Progettato nelle sue diverse parti con grande impegno ma mai portato a termine, *Firenze Profetica* avrebbe dovuto essere un libro-intervista in cui Zolo, attraverso le risposte alle domande rivoltegli da Orsetta Giolo, intendeva ripercorrere – lui che nella Firenze dell’immediato secondo dopoguerra ne era stato testimone e appassionato fautore – i momenti più significativi dell’affermarsi di un pacifismo di matrice cattolica e del realizzarsi delle sue prime pratiche grazie all’impegno delle figure straordinarie di Giorgio La Pira, Ernesto Balducci e Lorenzo Milani.

⁸ D. Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 58-65.



ulteriormente e parlare di crisi dello “Stato *costituzionale* di diritto”, o secondo la dizione cara a Stefano Rodotà “dello stato costituzionale *dei diritti*”.

Due ordini di fattori di questa crisi, il primo dei quali è quello relativo allo sviluppo asistematico, nei settantacinque anni di (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale, di un diritto dei diritti fondamentali, non solo complesso e plurale nella sua duplice dimensione legislativa e giurisprudenziale, ma anche privo di regolamentazione nelle sue diverse (ri)formulazioni che si sono andate sviluppando non solo nel diritto internazionale ma anche nel diritto interno dei singoli Stati, nel diritto delle loro formazioni regionali, e, non ultimo, in una pluralità di forme di diritto transnazionale (§ 3)⁹.

Il secondo ordine di fattori è relativo, invece, alla proliferazione di nuove forme di diritto sovranazionale e transnazionale (incluse quelle di *soft law* nella pluralità eterogenea delle loro diverse espressioni) che, spesso indifferenti quando non in aperto contrasto con la tutela dei diritti e dei beni comuni e/o fondamentali¹⁰, si sono progressivamente sviluppate in relazione alla globalizzazione dell’economia, della finanza e dei mercati; di quelle nuove forme di produzione giuridica, cioè, che nella loro multiforme varietà individuano e caratterizzano la nuova *lex mercatoria*¹¹ (§ 4).

Da ultimo, nelle battute conclusive, si tornerà nuovamente sui termini in cui affrontare la crisi dello Stato e, in particolare, sulla tesi che l’individuazione di tali termini è, e non può che essere, una variabile dipendente dall’opzione per uno dei due sistemi valoriali fra loro alternativi e inconciliabili: il sistema valoriale del costituzionalismo (inter)nazionale – o se si preferisce “costituzionalismo *dei diritti*” e/o “costituzionalismo

⁹ Sui settantacinque anni di (in)successi del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, rinvio a T. Mazzaresse, “La (mancata) tutela de diritti fondamentali”, cit., pp.113-16.

¹⁰ “Beni comuni” e “beni fondamentali” non (sempre) sono espressioni sinonime. Non lo sono, ad esempio, nell’uso di Stefano Rodotà e in quello di Luigi Ferrajoli. In particolare, Rodotà distingue fra “beni comuni”, “beni pubblici” e “beni privati” e usa “beni comuni” come termine di genere del quale non vengono esplicitamente indicati termini di specie mentre Ferrajoli distingue invece fra “beni patrimoniali” e “beni fondamentali” e, a partire da “beni fondamentali”, adottato come termine di genere, distingue “beni personalissimi”, “beni comuni” e “beni sociali”. Sulle diverse denominazioni della categoria dei beni comuni anche ma non solo nei lavori di Ferrajoli e di Rodotà, rinvio a T. Mazzaresse, “Diritti e beni comuni o fondamentali. Un binomio di riferimento per una risposta sistemica alle sfide dell’era globale”, in D. Ippolito, F. Mastromartino, G. Pino (a cura di), *Per gli 80 anni di Luigi Ferrajoli*, sezione monografica di *Ragion pratica*, 55 (2020), pp. 441-60.

¹¹ Per una ricostruzione storica delle diverse fasi in cui si è andata sviluppando la *lex mercatoria* a partire dal periodo feudale in Europa, cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 1976; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 43-76; F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 19-31.



dei bisogni”¹² – improntato alla garanzia dei diritti fondamentali e dei beni comuni o, invece, il sistema ad esso contrapposto del neoliberal(al)ismo improntato al sostegno degli interessi dei privati, dei loro profitti, dell’accumulo delle loro ricchezze (§ 5).

2. Le radicali trasformazioni della sovranità statale indicate dalla Carta dell’ONU

Categorico e perentorio il tono di Carlo Galli nell’affermare che “si deve accettare [...] il ritorno [della sovranità] come il segno del fallimento di un progetto politico-economico, e al tempo stesso come il sintomo dell’esigenza di nuova politica”¹³. Tono categorico e perentorio, ma non per questo convincente. Lascia infatti interdetti una proposta che per porre rimedio al fallimento dell’attuale progetto politico-economico non veda altra soluzione che quella di tornare sulle tracce del progetto politico-economico che lo ha preceduto; un progetto, già drammaticamente esperito, dal cui conclamato fallimento, scandito dalla Prima e dalla Seconda guerra mondiale, non sembra sia rimasto gran ché a cui ispirarsi per una nuova politica.

E poi: qual è la sovranità di cui accettare il ritorno?¹⁴ Non è chiaro quale essa sia ma, nonostante o forse proprio in ragione di questa ambiguità, il suo “fascino discreto” – fascino del quale è certo necessario non sottovalutare le ragioni che possono sollecitare la tentazione di cedervi – è tornato prepotentemente nella letteratura più recente con un moltiplicarsi di teorie sovraniste fra le quali non manca neppure la posizione di chi, come ad esempio Alessandro Somma, sostiene che “Occorre [...] che si disegni una via

¹² Una puntualizzale lessicale ma non solo. Dopo un’iniziale fortuna del termine “neocostituzionalismo” per designare il costituzionalismo del secondo Novecento, l’eccessiva (e fuorviante) attenzione dedicata in letteratura alla contrapposizione fra la sua caratterizzazione in termini giusnaturalistici o, invece, giuspositivistici piuttosto che altri rispetto agli uni e agli altri, ne ha fatto un termine sempre più compromesso e compromettente – sul punto rinvio a T. Mazzaresse, “La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto”, *Rivista di Filosofia del diritto*, fascicolo speciale, (2017), pp. 44-46. Da qui, una proliferazione di denominazioni altre e differenti. Fra queste, da ultimo, quella di “costituzionalismo dei bisogni”, proposta da S. Rodotà, “Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo *human divide*”, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012, come denominazione di una nuova fase del costituzionalismo del secondo Novecento all’insegna della sempre più pressante urgenza di mettere a punto una sinergia fra tutela dei diritti fondamentali e salvaguardia e accesso ai beni comuni (p. 332).

¹³ C. Galli, *Sovranità*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 9.

¹⁴ Diverse le forme in cui la sovranità statale ha storicamente trovato espressione. Varietà di forme eterogenee delle quali, nella vasta letteratura che le ha indagate, anche Zolo ha offerto una ricognizione sia in “La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma politico moderno”, in Id., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998, pp. 107-32, sia in “Sovranità”, *Enciclopedia Italiana – VI Appendice*: https://www.treccani.it/enciclopedia/sovranita_%28Enciclopedia-Italiana%29/.



democratica al recupero della sovranità nazionale, e che comunque si eviti di lasciare alle destre la riflessione su questi [temi]”¹⁵.

Torna prepotentemente nella letteratura più recente, ma il fascino discreto della sovranità è tutt’altro che assente anche negli anni precedenti, nella letteratura del secondo Novecento successiva alla radicale ridefinizione che della sovranità statale delinea la Carta dell’ONU del 1945. Ridefinizione radicale, quella delineata dalla Carta dell’ONU e dalle prime declinazioni nazionali e internazionali di un catalogo di diritti fondamentali universali, che però non è mai stata compiutamente attuata e che, ad oggi, ha trovato espressione solo in cambiamenti parziali, spesso incerti e precari, che testimoniano della persistente resistenza ad accettare la duplice limitazione, interna ed esterna, della sovranità statale¹⁶ insita nella rivendicazione di un ordine mondiale all’insegna di una pace da costruire attraverso la tutela nazionale e internazionale dei diritti fondamentali e la difesa della democrazia negli Stati e fra gli Stati¹⁷.

Neppure Zolo, nonostante una certa ambivalenza della sua posizione, si è del tutto sottratto al fascino discreto della sovranità. Un’ambivalenza, quella di Zolo, che a me sembra condizionata, per un verso, dall’attenzione nei confronti della svolta nella definizione delle forme della sovranità statale segnata dal passaggio dal modello vestfaliano del diritto internazionale a quello della Carta dell’ONU¹⁸, e per altro verso, da

¹⁵ A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018, p. 12.

¹⁶ Limpidi nella loro individuazione i termini della duplice limitazione della sovranità statale, interna ed esterna, offerta in L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997. Limitazione della sovranità statale, in ragione dei principi fondanti del costituzionalismo (inter)nazionale, che, per quanto in termini non sempre coincidenti, è stata oggetto di attenzione là dove, ad esempio, (i) si è individuata nella conformità di una norma ai principi costituzionali una condizione necessaria della sua validità (così, ad esempio in Hans Kelsen e Norberto Bobbio) o si sono tematizzate le nozioni di “sfera dell’(in)decidibile” (Ferrajoli) e di “coto vedado” (Ernesto Garzón Valdés) per circoscrivere l’ambito di discrezionalità del legislatore. Sul punto rinvio a T. Mazzaresse, “La giustizia del diritto”, cit., pp. 48-52.

¹⁷ Ridefinizione radicale che, in letteratura, porta alla tematizzazione della contrapposizione fra due modelli di sovranità: quello di Vestfalia e quello della Carta delle Nazioni Unite. Una chiara distinzione fra i due modelli è tracciata, ad esempio, da R. Falk, “The interplay of Westphalia and Charter conceptions of international legal order”, in C.A. Black, R.A. Falk (a cura di), *The Future of International Legal Order. I*, Princeton, Princeton University Press, 1969, pp. 43-64, che avverte però che i due modelli non sono nettamente contrapposti perché il secondo non è mai stato compiutamente realizzato mentre il primo non è mai stato definitivamente accantonato. Analoghi i rilievi di A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1984; Id., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 19-45 e 350-53; Id., *L’esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Bologna, Il Mulino, 2011. Della distinzione fra i due modelli Zolo offre una puntuale caratterizzazione, ad esempio, in *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, Feltrinelli, 1995, pp. 117-21, e in *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 125-26. Cfr., inoltre, L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 2, pp. 487-92; e T. Mazzaresse, “Ripensare la cultura dei diritti?”, in T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali: Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 128.

¹⁸ Per i riferimenti ad alcuni dei lavori nei quali Zolo si sofferma sulla distinzione, cfr. *supra* nota 17.



un atteggiamento severamente critico, nel segno di un realismo politico più volte esplicitamente rivendicato¹⁹, rivolto non tanto alle ragioni e/o agli obiettivi delle nuove forme di sovranità statale delineate dal modello della Carta dell'ONU quanto piuttosto agli ostacoli e ai condizionamenti politici ed economici che sin dalle sue prime enunciazioni ne hanno precluso una compiuta attuazione e ne hanno compromesso la possibilità di incidere su una realtà dominata da poteri ed interessi incompatibili con il sistema valoriale di cui è espressione.

Non è casuale, quindi, né marginale, che Zolo rivolga la propria attenzione non tanto, in generale, alla crisi dello *Stato*, quanto specificamente alla crisi dello *Stato di diritto*. Non è casuale né marginale perché Zolo non rimpiange la sovranità assoluta degli Stati che trova espressione nel modello di Vestfalia, ma denuncia sia l'ipocrisia delle grandi potenze che, a conclusione del secondo conflitto mondiale, hanno acconsentito a una sua riforma per accrescere la propria supremazia nelle rispettive aree di influenza, sia la loro impotenza quando, alla fine della guerra fredda, hanno subito i contraccolpi di un neoliber(al)ismo non più condizionato dalle politiche economiche nazionali quanto piuttosto da quelli di *lobby*, *corporations* e potentati transnazionali che operano nel mercato globale.

Pur nella sua duplice parzialità²⁰, questa ricostruzione di alcune delle tesi di Zolo in tema di sovranità contribuisce a giustificare la scelta di circoscrivere l'analisi del problema della crisi dello Stato e della sua sovranità ai termini in cui l'una e l'altra hanno trovato espressione, nel secondo Novecento, in relazione alla progressiva affermazione dello Stato (costituzionale) di diritto e del costituzionalismo internazionale. Contribuisce a giustificare questa scelta, perché, per quanto possano essere censurabili i settantacinque anni di (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale in ragione dei condizionamenti e degli impedimenti da cui non è riuscito ad affrancarsi, nondimeno, ad oggi, i suoi principi continuano ad individuare le coordinate dell'assetto giuridico-istituzionale degli Stati e fra gli Stati. In altri termini, contribuisce a giustificare questa scelta non in base ad una preferenza arbitrariamente soggettiva fra sistemi valoriali alternativi quanto piuttosto

¹⁹ Sul realismo, giuridico e politico, di Zolo, cfr. in particolare P. Costa, "Il realismo di Danilo Zolo", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, (2016): <https://www.juragentium.org/topics/thil/costazolo.html>, ora in questo numero; L. Ferrajoli, "Realismo critico e anti-normativismo nel pensiero di Danilo Zolo: una tensione irrisolta", nel presente fascicolo.

²⁰ Parziale, innanzitutto perché poco attenta a una rigorosa ricostruzione filologica della pluralità di varianti in cui le tesi di Zolo in tema di "sovranità" hanno trovato espressione, e, per altro verso, come è forse inevitabile, per la lettura "di parte" che ne propongo.



in ragione delle coordinate giuridico-istituzionali entro le quali ad oggi trova ancora espressione la democrazia negli Stati e fra gli Stati.

Circoscritto l'ambito d'analisi allo Stato costituzionale di diritto e alle forme della sua sovranità, la tutela dei diritti fondamentali – principio cardine del costituzionalismo statale e internazionale del secondo Novecento – diventa quindi il parametro, ovvio e immediato, in ragione del quale e in relazione al quale indagare gli elementi che ne hanno condizionato la crisi. Sono due, in particolare, come si è già anticipato (§ 1) gli ordini di fattori più determinanti: (i) il primo è relativo allo sviluppo asistemico del diritto dei diritti fondamentali – a livello nazionale, regionale, internazionale e transnazionale (§ 3); il secondo, ad oggi simmetrico e opposto al primo, è relativo alla pluralità di forme in cui la (nuova) *lex mercatoria* si è andata sviluppando in relazione alla globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati.

Due ordini di fattori in relazione ai quali il confronto con Zolo e le sue tesi diventa spigoloso: a una larga convergenza sulla valutazione negativa in relazione agli effetti nefasti della forte connotazione neoliber(al)ista della pluralità di forme in cui si è andata sviluppando la *lex mercatoria*, si affianca, infatti, un manifesto dissenso relativo a due sue remore pregiudiziali nei confronti del diritto internazionale dei diritti fondamentali: (i) la radicale contestazione del carattere universale dei diritti fondamentali, e (ii) la dichiarata diffidenza nei confronti dell'istituzione di corti regionali e internazionali per sindacare forme e modi della (mancata) tutela dei diritti a livello nazionale e, soprattutto, nei confronti dell'istituzione (*ad hoc*) di corti *penali* per la sanzione di crimini di contro l'umanità.

3. Complessità e pluralità del diritto dei diritti fondamentali nella sua duplice dimensione legislativa e giurisprudenziale

Con la fine del secondo conflitto mondiale, positivizzazione e internazionalizzazione dei diritti fondamentali, congiuntamente al duplice processo della loro generalizzazione e progressiva specificazione, segnano l'inizio, nel loro complesso, di una radicale trasformazione del diritto e delle forme della sua produzione e applicazione. Segnano, in particolare, l'inizio di una radicale trasformazione, non meno che di un progressivo disordine tanto nelle forme e nei modi di produzione del diritto interno degli Stati, del diritto internazionale e delle emergenti forme di diritto regionale quanto nelle forme e nei



modi della loro individuazione, interpretazione e applicazione giudiziale. Un disordine progressivo, delle une e delle altre, che, nel corso degli anni, è diventato uno dei principali fattori di crisi del costituzionalismo (inter)nazionale e del suo obiettivo, di un nuovo ordine mondiale in cui l'affermazione dell'eguaglianza di tutti gli esseri umani nei diritti fondamentali si coniugasse, in un duplice legame di condizionamento reciproco, con la "costruzione" di una pace che avesse come proprio fondamento la difesa delle istituzioni democratiche *degli Stati e fra gli Stati*.

Ancora generici nell'inevitabile indeterminatezza della loro prima formulazione nel Preambolo e nell'articolo 1 della Carta dell'ONU del 1945, i termini di reciproco condizionamento da instaurare fra tutela dei diritti, pace e democrazia acquistano forma e contenuto con la positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali assolutamente innovativo nella loro caratterizzazione non meno che nella loro elencazione²¹; positivizzazione, a livello internazionale, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e, contestualmente, sia a livello nazionale, nelle costituzioni dell'Italia e della Germania sia a livello regionale, in America (latina), con la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, approvata due mesi prima della stessa Dichiarazione universale, e in Europa, seppure in una forma ancora parziale nella sua prima redazione del 1950²², con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Un catalogo radicalmente innovativo, quello messo a punto alla fine degli anni Quaranta del Novecento, a partire dal quale e in relazione al quale, nonostante aspri dissensi, ritardi e fallimenti, in settantacinque anni di (in)successi, si è andato sviluppando

²¹ Quello declinato nelle prime positivizzazioni (inter)nazionali della fine degli anni Quaranta del Novecento è un catalogo assolutamente innovativo rispetto alle carte di fine Settecento; lo è, in particolare, (i) per l'individuazione di chi possa essere considerato titolare dei diritti (non più specifiche classi di soggetti ma ogni essere umano), (ii) per l'elencazione dei diritti che lo compongono (diritti della persona come individuo e come componente di formazioni sociali, diritti relativi alla formazione e applicazione della legge, diritti politici, diritti economico-sociali ma anche il diritto alla pace e a un ordine sociale e internazionale), (iii) per la caratterizzazione degli stessi diritti (universali nel loro pluralismo laico, inviolabili e inalienabili ma anche indivisibili perché gli uni agli altri complementari nella loro varietà e pluralità), e, non ultimo, (iv) per i valori e i principi che (anche quando non esplicitamente formulati) ne connotano l'intero impianto e il senso stesso della sua articolazione (dal rispetto per la dignità umana alla solidarietà, da un'eguaglianza nei diritti che non è estranea ma complementare al "diritto ad essere diversi" a un pluralismo laico rispettoso di sistemi valoriali differenti).

²² Nella sua prima redazione adottata nel 1950, la Convenzione non comprendeva tutti i diritti elencati nella Dichiarazione universale del 1948; in particolare, non comprendeva i diritti economici e sociali che, nel corso degli anni, sono poi stati in parte integrati nel suo catalogo da successivi protocolli. Al riguardo, per una ricognizione, chiara e sintetica, cfr. P. Parolari, "Nota informativa", in T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, cit., p. 178.



il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali. Non sempre organico nella sua articolazione e di un'indubbia complessità nella pluralità di interazioni e molteplicità di rinvii incrociati, si è andato sviluppando, cioè, un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati sulla tutela dei diritti fondamentali sia a livello internazionale sia, sempre più frequentemente, anche a livello regionale prima in Europa e in America (latina)²³, e poi in Africa, Asia e nei Paesi arabo-musulmani²⁴.

In particolare, un insieme di carte, convenzioni e dichiarazioni che, nelle varianti delle rispettive riformulazioni del catalogo dei diritti a livello regionale, non sono improntate né esclusivamente né precipuamente – secondo la lettura che invece ne propone Zolo là dove enfatizza i tratti distintivi dei cosiddetti *Asian Values* o dell'africana Banjul Charter of Human and People's Rights del 1981²⁵ – a una contrapposizione quanto piuttosto a un confronto e, spesso, a una larga condivisione del catalogo dei diritti sanciti nella Dichiarazione universale del 1948 e nei Patti del 1966²⁶.

E ancora, un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati, a livello internazionale e regionale, che, secondo i casi, hanno proposto varianti²⁷ e/o nuove e più ricche declinazioni dell'intero catalogo dei diritti o, invece, precisato e scandito nello specifico i diritti di soggetti particolarmente deboli o vulnerabili e/o specificato la portata e definito le garanzie di diritti già riconosciuti (così, ad esempio, in tema di messa al bando del genocidio, proliferazione di armi nucleari, discriminazione razziale, riduzione in schiavitù, tortura, violenza domestica) o, ancora, sancito le forme e i modi della tutela

²³ Dopo la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre del 1948, nel 1969 viene adottata la Convenzione americana sui diritti umani; convenzione, questa, ratificata da 25 dei 35 Stati che ad oggi fanno parte dell'Organizzazione degli Stati americani; fra gli Stati che non l'hanno ratificata il Canada e, come nel caso di molte altre convenzioni internazionali sui diritti fondamentali, gli Stati Uniti.

²⁴ I testi delle principali carte regionali sui diritti fondamentali, ciascuno dei quali preceduto da una "Nota informativa" redatta da Paola Parolari, sono raccolti in "I diritti fondamentali nel mondo. Una mappa di carte regionali", Appendice a T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, cit., pp. 175-302. Fra i testi, per ovvie ragioni cronologiche, non è inclusa la Asian Human Rights Declaration del 2013. Per un'analisi e un confronto fra carte regionali diverse, cfr., ad esempio, *Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37 (2007) e P. Parolari, "Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali", in T. Mazzaresse (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 237-45.

²⁵ D. Zolo, *Cosmopolis*, cit., pp. 143-44.

²⁶ Di particolare interesse, in questa prospettiva, la lettura che del susseguirsi di carte, convenzioni e dichiarazioni a livello regionale (sia di regioni diverse sia nell'ambito di una stessa area regionale), propone P. Parolari, "Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali", cit., in particolare pp. 237-45.

²⁷ "Varianti" (non contrapposizioni), di grande interesse perché possono contribuire a dissipare pregiudizi e luoghi comuni sul (non) universalismo dei diritti fondamentali e sulla reciproca (im)permeabilità dei sistemi valoriali di culture differenti.



di nuovi diritti il cui riconoscimento è (stato) sollecitato da nuove esigenze socio-economiche, da nuove scoperte scientifiche e tecnologiche (così ad esempio, riguardo al genoma umano, alla pluralità di forme della biomedicina e riguardo agli sviluppi sempre più incalzanti dell'informatica e delle nuove forme di comunicazione), e, non ultimo, da profonde alterazioni dell'ambiente e del suo ecosistema e dall'urgenza di declinare, complementare e interdipendente dalla tutela dei diritti fondamentali, una carta dei beni comuni, della garanzia della loro salvaguardia e del loro accesso²⁸.

Ma non solo. Un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati che accanto e oltre alle successive ridefinizioni del catalogo dei diritti fondamentali e/o alle progressive declinazioni dei termini in cui intenderli e garantirli, altrettanto significativamente, prevede e sancisce l'istituzione di una pluralità di corti (diverse nelle rispettive funzioni e competenze) per la loro tutela (sovra)nazionale. Una pluralità di corti che si articola (i) a livello nazionale, nelle pronunce, secondo i casi, delle corti supreme o delle corti costituzionali dei singoli paesi; (ii) a livello regionale, nelle pronunce delle corti che, secondo procedure fra loro differenti, vigilano sulla non violazione dei diritti fondamentali, là dove a livello nazionale si diano casi problematici e controversi; così, in particolare: la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia europea, la Corte interamericana dei diritti umani e la Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli; e (iii) a livello internazionale, nelle pronunce della Corte internazionale di giustizia e da quelle al momento tutt'altro che numerose della Corte penale internazionale. Pluralità di corti, questa appena indicata, che peraltro non esaurisce la varietà di forme (quasi) giudiziali relative alla tutela dei diritti fondamentali a livello transnazionale e sovranazionale²⁹.

Istituite tutte, nella specificità delle rispettive competenze e funzioni, per contribuire a una tutela multilivello dei diritti fondamentali e per consentire attraverso il

²⁸ Sul punto rinvio a L. Ferrajoli, "Per una carta dei beni fondamentali", in T. Mazzarese, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, cit., pp. 65-98; T. Mazzarese, "Diritti e beni comuni o fondamentali", cit.

²⁹ In relazione alla pluralità eterogenea di "regulatory regimes settoriali" che affolla lo "spazio giuridico globale" "senza, però, che tra questi vi siano né una definita ripartizione di competenze, né una precisa scala gerarchica", S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, osserva che "della tutela dei diritti umani si interessano sia organismi specializzati in determinati settori (ad esempio, l'Organizzazione internazionale del lavoro, l'Unesco), sia organismi *ad hoc* (ad esempio, l'Alto commissariato dei diritti umani, organo dell'ONU, o la Corte europea dei diritti dell'uomo, organo del Consiglio d'Europa) sia altri organismi, in virtù dei *linkages* che si stabiliscono, ad esempio, tra commercio e diritti umani" (p. 141).



loro dialogo di puntualizzare e chiarire le ragioni di dissenso o incertezza sui termini in cui intenderli e circoscriverne l'ambito delle (in)evitabili limitazioni reciproche³⁰, le pronunce di questa pluralità di corti (inter)nazionali non sempre si sono però rivelate fra loro concordi né riguardo alle soluzioni proposte né riguardo all'individuazione e interpretazione dei testi normativi e dei (reciproci) precedenti sui quali fondare le proprie decisioni. Quello che ne risulta, quindi, è non tanto un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali quanto piuttosto un sistema policentrico che interferisce con le forme e i modi della tutela giudiziale dei diritti fondamentali a livello nazionale ma che con le proprie dissonanze rischia, paradossalmente, (non di ridurre ma) di confermare i margini di dissenso e incertezza sulla loro tutela (giudiziale) anche a livello sovranazionale.

In sintesi, il moltiplicarsi di testi normativi che integrano e costituiscono un diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali (sempre più magmatico nella mancata regolamentazione che ne ordini e ne coordini i contenuti) ha determinato l'affermarsi e il progressivo consolidarsi di due nuove forme di produzione giuridica, l'una da parte di un poliedrico legislatore (inter)nazionale l'altra da parte delle diverse corti (inter)nazionali, che nella pluralità delle loro rispettive espressioni, se per un verso interferiscono e intaccano la sovranità statale, per altro verso non sempre contribuiscono a una più compiuta tutela dei diritti fondamentali e/o salvaguardia dei beni comuni.

Riguardo ad entrambe queste dimensioni, legislativa e giurisprudenziale, del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, Zolo ha spesso formulato, nonostante qualche ambivalenza non secondaria, critiche radicalmente severe.

Critiche, quelle di Zolo, che a differenza delle notazioni precedenti, non sono dettate dalla preoccupazione per la possibile implosione e/o il possibile fallimento del diritto internazionale dei diritti fondamentali quanto piuttosto dalla convinzione – rivendicata e giustificata in un prospettiva realista – che il diritto internazionale dei diritti fondamentali, per un verso, è una vacua mistificazione ideologica, e per altro verso, più subdolamente, una nuova forma di colonialismo con cui l'Occidente intende continuare a prevaricare i paesi, storicamente vittime delle sue reiterate spoliazioni, con nuove vessazioni in nome di valori etico-politici che si pretendono universali.

³⁰ Limitazioni che non possono non essere fissate, in generale dal legislatore (inter)nazionale e/o in concreto nella loro tutela giudiziale, perché spesso non è univoca né la lettura che di ciascuno di essi può essere data singolarmente né la valutazione della pluralità delle loro interferenze reciproche.



Da qui, per un verso, affermazioni caustiche come quella in cui si stigmatizza che la “vera e propria inflazione delle Carte dei diritti” della seconda metà del secolo scorso “[q]uale che sia il loro valore simbolico o morale [...] è [...] una colluvie di documenti, di trattati e di convenzioni internazionali che non sono stati molto più che prolisse, ripetitive ed inefficaci compilazioni normative”³¹.

E ancora, da qui, per altro verso, la tendenza ad enfatizzare i tratti in relazione ai quali contrapporre nelle loro differenze (stereotipate) sistemi valoriali di culture diverse e non a tener conto (i) del carattere dinamicamente mutevole di ognuno di tali sistemi in ragione delle progressive trasformazioni dei tratti distintivi di ogni cultura anche (ma non solo) in ragione dell’incontro (voluto o secondo i casi subito) con culture differenti³², e (ii) del carattere sempre più multiculturale di un’unica e stessa società anche ma non solo in ragione dei flussi migratori (di ieri e di oggi)³³. Secondo Zolo infatti – e la sua convinzione è così ferma da affermare persino che il “contributo di Samuel Huntington sul ‘conflitto fra le civiltà’ offre [...] argomenti non trascurabili”³⁴ –

Il carattere universale dei “diritti dell’uomo” è [...] un postulato razionalistico non solo senza conferme sul terreno teorico, ma storicamente contestato dalle culture diverse da quella occidentale. [...] Nella visione individualistica e liberale dell’Occidente i “diritti dell’uomo” sono delle protesi normative a tutela della libertà personale, dei beni individuali e della *privacy* contro le interferenze degli altri soggetti, delle istituzioni sociali e soprattutto delle autorità politiche. Questo concetto di libertà è del tutto estraneo alla cultura islamica [...] profondamente segnata com’è da un senso religioso di appartenenza alla comunità [...]. Altrettanto si può dire per la tradizione confuciana cinese³⁵.

³¹ D. Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, cit., p. 68.

³² Nel contesto di un’analisi, attenta e puntuale, su forme e modi di una possibile declinazione fra diritti e diversità culturale, un’interessante ricognizione dei tratti che testimoniano del carattere tutt’altro che unitario e univoco dei costituenti di ogni cultura è proposta da P. Parolari, “Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali”, cit., pp. 219-26; e Ead., *Culture, Diritto, Diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 41-70.

³³ Sul rilievo del carattere non solo plurale ma anche multiculturale delle società in relazione alle quali ci si interroga su eguaglianza nei diritti e tutela delle differenze, rinvio a T. Mazzarese, “I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali”, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, ESI, 2018, pp. 66-75.

³⁴ D. Zolo, “Dal diritto internazionale al diritto cosmopolitico. Una discussione con Jürgen Habermas”, in Id., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998, p. 63; il riferimento è a S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996, trad. it. *Lo scontro delle civiltà*, Milano, Garzanti, 1996.

³⁵ D. Zolo, *Cosmopolis*, cit., pp. 142-43. Cfr. anche D. Zolo, *Chi dice umanità*, cit., pp. 107-08; Id., “Fondamentalismo umanitario”, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani. Interventi di Salvatore Veca e Danilo Zolo*, Milano, Feltrinelli, 2003, pp. 150-51; Id., *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze, Firenze University Press, 2010, pp. 51-52.



Da qui, in altri termini, il rilievo attribuito ai cosiddetti *Asian Values* che “sono stati opposti alla tendenza dell’Occidente a imporre alle culture orientali i suoi valori etico-politici” e l’attenzione nei confronti delle “classi dirigenti di un numero crescente di paesi del Sud-Est asiatico [...] impegnate a riscattare la propria identità politica e culturale all’insegna di valori come l’ordine, l’armonia sociale, l’obbedienza all’autorità, la famiglia, il rispetto degli anziani”³⁶.

Non meno espliciti i dubbi e le perplessità di Zolo nei confronti delle corti regionali sulla tutela giudiziale dei diritti fondamentali – il riferimento, in particolare, è alle Corti Europee e al loro contributo all’inflazione e al disordine delle fonti del diritto³⁷ – e, in particolare, radicalmente drastica la sua critica nei confronti delle Corti penali internazionali non solo là dove l’amministrazione della giustizia è (stata) affidata a tribunali penali *ad hoc* – da quelli di Tokyo e di Norimberga a quelli dell’Aja, di Arusha e di Baghdad – ma anche riguardo all’International Criminal Court³⁸.

4. Nuove forme di produzione giuridica relative alla globalizzazione dell’economia, della finanza e dei mercati

Accanto e oltre, verrebbe da dire simmetrico, a quello relativo al diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali nella sua duplice dimensione legislativa e giurisprudenziale, l’altro fattore che nel secondo Novecento, soprattutto a partire dagli anni successivi alla conclusione della Guerra fredda, ha condizionato la proliferazione di nuove forme di diritto transnazionale, indipendenti tanto dal diritto interno degli Stati quanto dal diritto internazionale, è quello della pluralità di forme in cui, in relazione alla globalizzazione dell’economia della finanza e dei mercati, si è andata sviluppando, la *lex mercatoria*.

³⁶ D. Zolo, *Tramonto globale*, cit. p. 51.

³⁷ Così, ad esempio, in D. Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, cit., p. 60, si legge che alla “difficoltà di identificare i ‘principi generali’ dell’ordinamento giuridico”, condizionata dalla “tendenziale anomia dovuta al sovraccarico normativo”, “concorrono anche una varietà di organi giurisdizionali – si pensi soltanto alla Corte di giustizia delle Comunità europee – che si attribuiscono la competenza a interpretare le norme nazionali, quelle comunitarie e quelle internazionali”. Sul punto, cfr. inoltre D. Zolo, “Sulla giustizia. A Proposito dell’‘espansione globale’ del potere dei giudici”, *Iride*, 11 (1998), 3, pp. 445-56.

³⁸ Si vedano, in particolare, D. Zolo, *Chi dice umanità*, cit., pp. 124-68; Id., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006; Id., *Terrorismo umanitario. Dalla guerra del Golfo alla strage di Gaza*, Reggio Emilia, Diabasis, 2009, pp. 102-37.



Una pluralità di forme di produzione giuridica, quelle in cui trova espressione la *lex mercatoria*, che ad oggi³⁹, si sono rivelate indifferenti se non addirittura antagoniste al diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali⁴⁰: le diverse espressioni della *lex mercatoria* sia nella definizione di diversi modelli contrattuali sia nell'individuazione di criteri di risoluzione delle controversie che possono derivare dalla loro stipulazione, di massima, finora, si sono rivelate infatti più attente alla difesa degli interessi delle parti che non alla tutela dei diritti fondamentali o alla salvaguardia dei beni fondamentali.

Indifferenza, se non antagonismo, che non solo ha ricorrenti esemplificazioni nella prassi in cui la *lex mercatoria* trova applicazione ma anche un'imbarazzante conferma nelle analisi di chi, enfatizzando a ragione il suo indubbio rilievo nello scardinare il tradizionale sistema delle fonti del diritto, non presta eccessiva attenzione (là dove il tema venga almeno menzionato) né (i) alla (possibile) tensione fra gli interessi dei privati tutelati dalla *lex mercatoria*, da un lato, e, dall'altro, la tutela di diritti fondamentali e beni

³⁹ Ad oggi e nelle forme in cui si è andata configurando, ma di principio nulla esclude né preclude una regolamentazione della *lex mercatoria* complementare o quantomeno armonica con i principi della tutela (inter)nazionale dei diritti e della salvaguardia dei beni fondamentali. In questo senso, ad esempio, la posizione di L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., vol. 3, p. 582, secondo cui “Il primo problema di una teoria della dimensione economica e civile della democrazia internazionale è [...] quello di tematizzare [le libertà economiche come poteri]: innanzitutto di riconoscerli come tali e poi di sottoporli a regole, a limiti, a vincoli e a controlli. Il secondo problema è quello della natura degli argomenti di tali regole, limiti e controlli: in materia di lavoro, di incompatibilità e conflitto di interesse, di *antitrust* e di protezione dell'ambiente”; e ancora L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza 2013, pp. 143-57; e Id., *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 113-18. In una prospettiva differente, in una prospettiva attenta cioè alle forme e ai modi della *lex mercatoria* in quanto tale più che alla prospettiva di una loro possibile regolamentazione rispettosa della tutela dei diritti fondamentali e della salvaguardia dei beni fondamentali, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit. pp. 39-40 non esclude la possibilità di una (radicale) trasformazione della *lex mercatoria* là dove osserva che “Non sappiamo se e fino a quando perdurerà una *lex mercatoria* di prevalente ispirazione occidentale, qual è quella che oggi troviamo consacrata nei Principi Unidroit, o se e a partire da quando i mutati rapporti fra Oriente e Occidente non porteranno a una diversa *lex mercatoria*, lontana dai suoi attuali contenuti, ispirata dalle consuetudini commerciali dei mercati orientali”.

⁴⁰ Raramente presa in considerazione in letteratura, che di solito si occupa o di diritto dei diritti fondamentali o di *lex mercatoria* ma non della problematicità degli effetti (in)diretti della *lex mercatoria* sulla (mancata) tutela dei diritti fondamentali e sulla (mancata) salvaguardia dei beni comuni, l'esplicita denuncia dei “poteri sregolati del mercato” è invece ricorrente nella teoria del diritto e della democrazia di Ferrajoli che stigmatizza come “[l]assenza di una sfera pubblica globale si risolve nella mancanza di limiti all'esercizio dei poteri finanziari e imprenditoriali privati, quali si manifestano sul mercato globale unitamente alla loro crescente espansione, accumulazione, invadenza e capacità di condizionamento della vita civile e politica. [Ne consegue ...] un'ulteriore erosione delle sfere pubbliche nazionali e con esse dell'insieme di garanzie dei diritti fondamentali [...]. La *lex mercatoria* si afferma insomma come la nuova *Grundnorm* dell'ordine internazionale, con conseguente inversione del rapporto fra Stato e mercato” (così, in particolare in *Principia Iuris*, cit., vol. 2, § 13.11 e pp. 532-33). Tesi, queste, riprese, da ultimo anche in L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia*, cit.; Id., *Perché una costituzione della Terra?*, cit. E ancora, sull'antagonismo fra “costruzione dell'Europa dei mercati” e “distruzione dell'Europa dei diritti” richiama l'attenzione A. Somma, “*Soft law sed law*. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti”, *Rivista critica del diritto privato*, 26 (2008), 3, pp. 437-67.



comuni, né, tantomeno, (ii) al ruolo, non meno centrale di quello della *lex mercatoria*, della tutela dei diritti fondamentali e della salvaguardia dei beni comuni nel condizionare una radicale alterazione del tradizionale sistema delle fonti. Esemplare, al riguardo, l'eccessiva enfasi di Francesco Galgano quando afferma che:

La lex mercatoria è fonte di diritto – la sola possibile fonte di diritto capace, al tempo presente, di produrre diritto transnazionale – non solo perché usus, cioè pratica costante di traffici sul mercato globale, ma anche perché è usus assistito dalla opinio iuris, ossia perché le camere arbitrali internazionali lo applicano nella convinzione che esso debba essere applicato, siccome sistema di vere e proprie regole giuridiche, proprie della business community, e perché le stesse leggi e gli stessi giudici degli Stati le riconoscono questa attitudine regolatrice⁴¹.

A Zolo, critico attento e severo della globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati⁴², non si può certo rimproverare (come documentano anche le osservazioni del paragrafo precedente) una scarsa attenzione né riguardo al diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali sviluppatosi nel secondo Novecento né riguardo alla incidenza che ha (avuto) sulla proliferazione e sul disordine delle fonti giuridiche.

Nondimeno, proprio in ragione della sua puntuale attenzione nei confronti di entrambi i fenomeni, sorprende che Zolo non individui, o quantomeno che non denunci esplicitamente, l'intima (anche se non anche necessaria) incompatibilità fra le prospettive, simmetriche e opposte, in cui diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali e *lex mercatoria* hanno rispettivamente trovato espressione in una vasta gamma di forme e modi.

Sorprende, in altri termini, che della globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati, nella dimensione neoliberal(al)ista in cui si è andata configurando in particolare dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, Zolo non denunci né la diffusa violazione dei diritti fondamentali né il reiterato sfruttamento dei beni comuni che ha condizionato, indotto e perpetrato.

Sorprende, cioè, che nei termini della propria critica al neoliberal(al)ismo senza regole degli ultimi trent'anni Zolo non individui le buone ragioni di un universalismo dei diritti fondamentali che, diversamente da quanto ha affermato più volte, non ignorano

⁴¹ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 75-76, corsivo nel testo.

⁴² Critico attento e severo, anche se le sue censure spesso completano e accompagnano temi differenti e raramente costituiscono il focus specifico delle sue ricerche. Fa eccezione D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.



quanto piuttosto concorrono a proteggere la varietà dei sistemi valoriali che informano le culture di individui e genti diverse tentando di mettere al riparo, gli uni e le altre, nel rispetto delle loro rispettive differenze, da sfruttamento, abusi, sopraffazioni e prevaricazioni da parte di gruppi di potere non solo politici ma anche economici.

5. Quale sovranità per quale progetto politico-giuridico?

Concentrare l'attenzione sulla crisi dello Stato di diritto nelle forme in cui si è andato configurando in relazione e in ragione del progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo Novecento ha consentito di assumere la (mancata) tutela dei diritti fondamentali per individuare e discutere dei due principali ordini di fattori che, singolarmente e nelle loro inevitabili interazioni, denunciano, oggi, limiti e carenze della sovranità statale.

Ha consentito di delineare cioè un'analisi dell'attuale crisi della sovranità in una prospettiva che del costituzionalismo (inter)nazionale non rimette in discussione l'impianto (o, più correttamente, non ne rimette in discussione il principio ultimo e fondativo della garanzia dei diritti fondamentali e dei beni comuni) ma ne segnala difficoltà da affrontare e sfide con le quali confrontarsi.

Se la scelta di questa prospettiva è stata giustificata dal fatto che, ad oggi, l'impianto valoriale del costituzionalismo e dei suoi principi continuano ad individuare le coordinate dell'assetto giuridico-istituzionale degli Stati e fra gli Stati, nulla esclude – come da anni testimoniano le critiche sempre radicali di cui è bersaglio – che siano proprio queste coordinate che si intende smantellare proponendo una riforma che rimetta in discussione il modello del diritto (inter)nazionale della Carta dell'ONU, così come, nel 1945, la Carta dell'ONU aveva fatto nei confronti del modello di Vestfalia.

Né mancano segnali in questa direzione. Delle numerose tentazioni di cedere al fascino discreto della sovranità nel dibattito pubblico e accademico si è già accennato. Non ancora, invece, del segnale, neppure troppo timido, che in questa direzione dà anche il diritto internazionale in due recenti risoluzioni approvate dall'Assemblea generale dell'ONU: la prima, nel 2015, è l'Agenda del 2030 per lo sviluppo sostenibile, la seconda, nel 2016, è la Dichiarazione di New York per i rifugiati e migranti. Documenti nei quali, con un significativo slittamento semantico, si è passati dal “principio della sovrana eguaglianza degli Stati”, sancito dalla Carta dell'ONU, all'affermazione del “diritto



sovrano” di ogni Stato a decidere chi ammettere entro i propri confini; al “diritto sovrano” di ogni Stato a decidere, cioè, se, come e quando, in un’eventuale cooperazione con altri Stati, decidere forme e modi di migrazioni là dove possano essere funzionali al proprio sviluppo economico e alle proprie necessità di forza lavoro⁴³.

Non so quale sarebbe stata la lettura di Zolo di una simile riaffermazione del “diritto sovrano” di ogni Stato, arrogantemente rivendicata, nella sua tassativa enunciazione, contro coloro che oggi sono i più deboli e vulnerabili.

Non ne sono sicura, anche se la sua lunga e sincera amicizia con Gino Strada e la sua sincera ammirazione per l’impegno e l’operato di Emergency, mi porta a immaginarlo indignato per quest’ennesima ostentazione di forza verso gli ultimi della terra.

Non so, non ne sono sicura.

Sono però convinta che una certa ambivalenza nei lavori di Zolo, anche ma non solo in tema di sovranità, tradisca, in fondo, una tensione irrisolta fra idealismo e realismo. Fra un idealismo, in particolare, che – quasi per scongiurare il rischio di cedervi – spesso ha bistrattato e fatto oggetto di critiche radicali e un realismo sì rivendicato ma mai per cinico pragmatismo quanto piuttosto per un eccesso di pessimismo⁴⁴ che lo ha portato a dubitare della possibilità di fondare e garantire i valori, per lui irrinunciabili, della pace, della democrazia e della tutela dei più deboli e vulnerabili.

Tecla Mazzaresse
Università degli studi di Brescia
tecla.mazzaresse@unibs.it

⁴³ Per un’analisi particolareggiata dei due testi ONU del 2015 e del 2016 rinvio a T. Mazzaresse, “Diritto di migrare e diritti dei migranti. Una sfida al costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, (2020), 1, pp. 1-23.

⁴⁴ Pessimismo sempre più manifesto e dichiarato nei suoi ultimi lavori, come, ad esempio in D. Zolo, *Tramonto globale*, cit.; Id., *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Bologna, Il Mulino, 2011.