

GUNTHER TEUBNER
La matrice anonima
Quando “privati” attori transnazionali violano i diritti dell’uomo.

(Rivista critica del diritto privato 2006, 9-37)

1. HIV/AIDS versus MNE
2. Lettura divisionale dei diritti
3. Lettura ecologica dei diritti
4. Diritti costituzionali come risposta, nella modernità, all’invadenza del potere politico
5. La società frammentata: il moltiplicarsi espansivo dei sistemi
6. La matrice anonima
7. Sono diritti azionabili?
8. HIV/AIDS versus MNE

1. *HIV/AIDS versus MNE*

Sul piano mondiale, il numero complessivo dei morti per AIDS ha superato negli anni Novanta il numero dei caduti per guerre civili.¹ In Sudafrica, la causa legale “Hazel Tau versus Glaxo and Boehringer” ha fatto imboccare a questa drammatica epidemia una svolta particolare.² Quella causa, infatti, ha tradotto la complessità sociale del problema in quaestiones juris molto specifiche. Ci si è chiesti: con la loro politica dei prezzi, le multinazionali produttrici di farmaci hanno forse violato i diritti dell’uomo? I malati di AIDS possono direttamente azionare, contro queste imprese farmaceutiche, un loro fondamentale “diritto alla vita”? Nel settore privato, esiste un diritto umano interpretabile come diritto di “accesso alla cura”³? In termini più generali: i diritti umani sono direttamente vincolanti – oltre che per gli stati nazionali – anche per attori privati transnazionali?⁴

Trentanove imprese rappresentate dalla Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa (PMASA), fecero appello alla magistratura sudafricana.⁵ In precedenza infatti – nell’ottobre 2003 – la Commissione antimonopoli aveva dato ragione a cittadini bisognosi che invocavano, contro le imprese Glaxo-Smith-Kline e Boehringer, un azionabile diritto di accesso alle medicine anti-AIDS. Sul piano giuridico, i cittadini muovevano dalla tesi secondo cui le imprese, nel pretendere per le medicine antiretrovirali un prezzo eccessivo e comunque insostenibile per i malati, avevano violato l’articolo 8 del “Competition Act 89” del 1998. In sostanza, si accusavano attori collettivi privati di avere contravvenuto ai loro obblighi e di avere conculcato diritti umani fondamentali. “L’aver stabilito un prezzo eccessivo per gli antiretrovirali è stato causa immediata di morte – una morte prematura, prevedibile ed evitabile – per molti pazienti di HIV/AIDS sia bambini che adulti”.⁶ A sorpresa, pur concedendo alle imprese l’ammortizzazione dei costi per la ricerca scientifica, la Commissione antimonopoli aveva dato sostanzialmente ragione ai cittadini.⁷

* Congresso mondiale della filosofia del diritto e della filosofia sociale, 24-29 maggio 2005, Granada. Vorrei ringraziare Marc Amstutz, Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano, Günter Frankenberg, Isabell Hensel, Soo-Hyun Oh and Thomas Vesting per commenti critici.

¹ *High-level Panel on Threats, Challenges and Change* (2004), *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, New York, 2004, <http://www.un.org/secureworld> (19.12.2005).

² *South Africa Competition Commission*, Hazel Tau et al. v GlaxoSmithKline, Boehringer Ingelheim et al. (16.12.2003), <http://www.compcom.co.za/> (19.12.2005).

³ Holger Hestermeyer, *Access to Medication as a Human Right: Max Planck Yearbook of United Nations Law* 8 (2004), 101 (103); Alicia Ely Yamin, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as Right under International Law: Boston University International Law Journal* 21 (2003), 101.

⁴ Gavin W. Anderson, *Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism: The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 17 (2004), 31.

⁵ Naomi Bass, *Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century: George Washington International Law Review* 34 (2002), 191 (192).

⁶ *South Africa Competition Commission* (n. 2), numero 17.

⁷ *South Africa Competition Commission*, 16.10.2003, <http://www.compcom.co.za> (19.12.2005); *Law and Treatment Access Unit of the AIDS Law Project und Treatment Action Campaign*, *The Price of Life. Hazel Tau and Others v GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South Africa's Competition Commission*, Juli 2003, http://www.alp.org.za/view.php?file=/resctr/pubs/20030813_PriceCover.xml (19.12.2005).

La questione dell'effetto "orizzontale" dei diritti fondamentali – dunque la questione se essi impongano direttamente obblighi, oltre che alle autorità statali, anche ad attori privati – sul piano transnazionale acquista dimensioni assai più drammatiche che non all'interno dei confini nazionali. Un problema analogo – prima ancora che nella violazione dei diritti umani da parte delle imprese farmaceutiche in occasione dell'epidemia di AIDS⁸ – si era già manifestato in numerosi scandali che avevano coinvolto imprese multinazionali.⁹ Basti qui ricordare alcuni dei casi più clamorosi: inquinamento ambientale e maltrattamento di popolazioni indigene (per es. da parte della SHELL in Nigeria);¹⁰ l'incidente chimico di Bhopal;¹¹ invereconde condizioni di lavoro negli sweatshops di Asia a America Latina;¹² lavoro infantile presso la IKEA e la NIKE;¹³ il sospetto sollevato contro la ADIDAS, produttrice di articoli sportivi, di far confezionare in Cina i palloni di calcio da condannati ai lavori forzati;¹⁴ l'impiego di pesticidi altamente tossici nelle piantagioni di banane;¹⁵ l'eliminazione cruenta di leader sindacali;¹⁶ danni ambientali nei progetti dei grandi cantieri.¹⁷ L'elenco potrebbe continuare. Di questi scandali sono pieni i giornali. Sostanzialmente, le imprese multinazionali vengono accusate – quali preeminent agents of environmental degradation¹⁸ – di provocare danni durevoli e irreparabili all'ambiente e alle persone.¹⁹

Senonché, sul piano transnazionale è difficile richiamarsi alle risposte vigenti nei diritti costituzionali degli stati nazionali. Infatti nell'ambito nazionale – pur affrontando il problema dell'effetto orizzontale dei diritti – gli schemi di soluzione evitano sistematicamente di rispondere all'imbarazzante questione se anche gli attori privati siano direttamente soggetti agli obblighi imposti dai diritti fondamentali. Questa questione viene elusa attraverso lo sviluppo di tutta una serie di dottrine per le quali i diritti fondamentali svilupperebbero nel settore privato soltanto effetti "indiretti".²⁰ Semplificando all'estremo, si suole qui ricorrere a due costruzioni che, nei diritti costituzionali degli stati, si presentano in numerose varianti. Secondo la dottrina della state-action, gli attori privati sono, in via di principio, esonerati dagli obblighi imposti dai diritti fondamentali, eccezione fatta per tutti quei casi in cui, nelle loro operazioni, sia rinvenibile un elemento di "state-action", dunque quando, in tali operazioni, o risultino coinvolte istanze statali oppure siano gli stessi attori privati ad esercitare funzioni pubbliche.²¹ Invece nella dottrina dell'effetto strutturale dei diritti fondamentali, questi ultimi "si irradiano" sull'intero ordinamento giuridico, in maniera tale da non poter certo essere trascurati nei casi in cui il diritto statale si applichi al settore privato. Epperò, proprio questa limitazione al solo ordinamento

⁸ *Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner*, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law: Michigan Law Journal of International Law 25 (2004), 999 (1023).

⁹ *Stephen G. Wood e Brett G. Scharffs*, Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: An American Perspective: American Journal of Comparative Law 50 (2002), 531 (539).

¹⁰ *Sibylle Pohly-Bergstresser*, Der Ogoni-Shell-Komplex: Zur Geschichte einer Grass-Roots-Bewegung, in: Rolf Hofmeier (Ed.), Afrika-Jahrbuch 1995, 1996, 35-44; *Ken Saro-Wiwa*, Flammen der Hölle. Nigeria und Shell: Der schmutzige Krieg gegen die Ogoni, 1996.

¹¹ *Uwe Hoering*, Bhopal und kein Ende oder: Der Second-hand-Kapitalismus und die Ökologie: Peripherie: Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt 6 (1985), 53.

¹² *Archon Fung, et al.*, Can We Put an End to Sweatshops? Ann Arbor, 2004.

¹³ *Sarah Cleveland*, Global Labor Rights and the Alien Tort Claims Act: Texas Law Review 76 (1998), 1533 (1551).

¹⁴ *Dirk Holtbrügge und Nicola Berg*, Menschenrechte und Verhaltenskodizes in multinationalen Unternehmungen, in: Petra Bendel und Thomas Fischer (Ed.), Menschen- und Bürgerrechte: Ideengeschichte und Internationale Beziehungen, 2004, 181 (179).

¹⁵ *Emily Yozell*, The Castro Alfaro Case: Convenience and Justice-Lessons for Lawyers in Transcultural Litigation, in: Lance Compa und Stephen Diamond (Ed.), Human Rights, Labor Rights, and International Trade, Philadelphia, 1996, 273.

¹⁶ *Gaby Weber*, Die Verschwundenen von Mercedes-Benz, Assoziation A, Hamburg 2001.

¹⁷ *Oren Perez*, Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict, Oxford, 2004, 159.

¹⁸ *Aseem Prakash*, Book Review: Indian Global Legal Studies 5 (1997), 575 (576).

¹⁹ *Martin Khor*, Global Economy and the Third World, in: Jerry Mander und Edward Goldsmith (Ed.), *The Case against Global Economy and for a Turn Toward the Local*. San Francisco, 1996, 47 (48 f.); *Mark B. Baker*, Tightening the Toothless Vise: Codes of Conduct and the American Multinational Enterprise: Wisconsin International Law Journal 20 (2001), 89.

²⁰ *Daniel Friedman e Daphne Barak-Erez*, Human Rights in Private Law, Oxford, 2001; Anderson (n.4); *Adam Tomkins*, Introduction: On Being Sceptical about Human Rights, in: Tom Campbell, et al. (Ed.) Sceptical Essays on Human Right Oxford, 2001, 1 (4); *Aharon Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law: Review on Constitutional Studies 3 (1996), 218; *Halton Cheadle und Dennis Davis*, The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere: South African Journal on Human Rights 12 (1996), 44.

²¹ *Anderson* (n. 4), 31; *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht: Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 202 (210).

giuridico sembra implicare, nello stesso tempo, che gli attori privati non siano – in sé e per sé – immediatamente soggetti agli obblighi dei diritti fondamentali.²²

Nel caso di attori collettivi transnazionali operanti nel settore privato, la questione di un loro eventuale assoggettamento agli obblighi dei diritti fondamentali diventa ancora più acuta. Qui manca infatti l'onnipresenza dello stato nazionale e del suo diritto, sicché "state-action" ed effetto strutturale dei diritti fondamentali possono funzionare solo in pochi casi circoscritti. D'altro canto – tramite la logica dei loro regimi globali – certi attori privati transnazionali (soprattutto imprese multinazionali) regolano interi settori dell'esistenza, sicché diventa infine ineludibile la questione di come si debba trattare la validità dei diritti fondamentali negli ordinamenti privati transnazionali.

Ciò mette la politica del diritto e la dogmatica costituzionale di fronte a problemi inconsueti. Sarebbe tuttavia semplicistico cercare una soluzione *via directa* tramite politicizzazione immediata, ossia riconducendo tutto alla biforcazione *politica* che contrappone le concezioni giuridiche liberali a quelle socialdemocratiche.²³ Questo ci spingerebbe verso la solita decisione politica di privilegiare – unilateralmente – o l'effetto esclusivo dei diritti fondamentali contro lo stato oppure una loro imposizione e diffusione per via sociale.²⁴ Io propongo invece di abbandonare questi vecchi sentieri e di tentare una deviazione sul territorio inesplorato dei nuovi problemi giuridici e sociali. Questa deviazione prende le mosse da una concezione *divisionale* dei diritti fondamentali e approda a una loro concezione *ecologica*. Lungo questa via ci si dischiuderà una nuova prospettiva circa l'effetto "orizzontale" dei diritti nell'ambito del settore privato transnazionale. Tale prospettiva noi possiamo formularla nei termini di una domanda. E' possibile ridefinire l'effetto orizzontale dei diritti traducendolo dal piano dei conflitti interni alla società al piano dei conflitti sistema-ambiente? E' possibile, in altre parole, passare dai conflitti interpersonali che si scatenano tra titolari individuali di diritti costituzionali ai conflitti che si scatenano tra individui concreti, da un lato, e processi comunicativi anonimi, dall'altro?

2. Lettura divisionale dei diritti

Cosa si guadagna e cosa si perde se decidiamo di percorrere questa deviazione? Si tratta, diciamo così, di ripensare la questione dei diritti fondamentali non più nella maniera tradizionale, cioè come un bilanciamento tra le parti componenti il tutto sociale, bensì, piuttosto, come un problema derivante dall'espandersi di un sistema sociale sui suoi ambienti sociali, umani e naturali. Rispetto al nostro problema della validità "orizzontale" dei diritti umani: che cosa ci fa guadagnare questa deviazione teorica in quei settori sociali che si sono globalizzati *all'esterno* della politica istituzionale?

Nel desiderio d'istituzioni giuste, la tradizione europea ha sempre cercato un "corretto" bilanciamento tra l'insieme della società e le sue singole parti. Questa tradizione ha sempre oscillato tra esperienze di un differenziato ordine sociale, da un lato, e astratte idee di equità nel suo bilanciamento interno, dall'altro. "Giustizia delle istituzioni nei confronti degli uomini". Questa era la parola d'ordine della cultura giuridica nel suo reagire alle trasformazioni della struttura sociale.²⁵ Questo concetto rispecchiava ogni volta l'incessante delusione derivante dall'interna spaccatura della società. E' mai possibile trovare, al di là di questa, un giusto bilanciamento sia nei rapporti che legano gli uomini tra loro sia in quelli che li collegano alla società? In altri termini: è possibile trovare un bilanciamento adeguato sia tra le parti sociali nel loro mutuo rapporto (ceti, classi, strati, gruppi d'interesse, identità etniche e culturali, campi sociali, razionalità settoriali) sia tra queste stesse parti e la totalità sociale? O dobbiamo invece pensare che, prima di pensare a istituzioni giuste, dobbiamo anzitutto superare la spaccatura della società e produrre una nuova unità sociale?

Giustizia delle istituzioni – si diceva – nei confronti degli uomini. Nella prospettiva fin qui delineata – una prospettiva che io definisco "divisionale" – questa parola d'ordine veniva intesa come il problema di un interno differenziarsi della società in parti disuguali, ossia, per dirla in maniera più drammatica, come il problema delle sue scissioni distruttive, delle sue lotte di potere e di distribuzione, dei suoi conflitti antagonisti. Come possiamo garantire una giusta unità della società al di là della frammentazione autodistruttiva che la caratterizza? La risposta classica suonava: non superamento della scissione ma *suum cuique*. Per disinnescare i pericoli della spaccatura, si assegnava ad ogni singola parte sociale un suo posto preciso all'interno dell'ordine complessivo. Agli uomini concreti, visti quali componenti interni della società, si

²² Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, 1999, 30-62; criticato da Gert Brüggemeier, Constitutionalization of Private Law: The German Perspective, in: Tom Barkhuysen und Siewert Lindbergh (Ed.), Constitutionalization of Private Law, Leiden 2006.

²³ Anderson (n. 4), 33; Michael Hardt e Antonio Negri, Multitude: War and Democracy in the Age of Empire, New York, 2004, 202; Dennis M. Davis, et al., Social Rights, Social Citizenship, and Transformative Constitutionalism: A Comparative Assessment, in: Joanna Conaghan, et al. (Ed.), Labour Law in an Era of Globalization, Oxford, 2002, 511-534.

²⁴ Anderson (n. 4), 33.

²⁵ Niklas Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: *idem*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. 2, 1981, 45-104.

rendeva giustizia attraverso le note formule complementari della *justitia distributiva* (il tutto distribuisce alle parti – siano esse individui, gruppi, settori – la quota loro spettante) e della *justitia commutativa* (la giusta relazione delle parti – siano esse individui, gruppi, settori – nel loro reciproco rapporto).

Anche se la prospettiva divisionale continuò sempre a prevalere, tuttavia il rapporto tra il tutto e le parti (il problema del loro giusto bilanciamento) venne ogni volta percepito in maniere storicamente diverse. La società feudale regolava anzitutto il reciproco rapporto dei ceti – rapporto che garantiva la giustizia a partire dalla gerarchia “naturale” esistente tra le *partes majores* (rappresentanti il tutto della società come un *corpus*) e le *partes minores*. I singoli uomini erano automaticamente revocati (*aufgehoben*) nella totalità del ceto e delle corporazioni.²⁶ Allora non esistevano né diritti soggettivi né, tantomeno, diritti fondamentali nel senso moderno di autorizzazioni unilaterali. Prevaleva invece l'idea dello *Jus*, inteso come un (complesso, e in sé stesso giustificato) rapporto di bilanciamento tra parti eterogenee (si pensi, per esempio, al rapporto di fedeltà e tutela che legava tra loro signori feudali e vassalli, in una reciprocità asimmetrica e gerarchica).²⁷

La rivoluzione borghese si ribella contro gli ingiusti rapporti di distribuzione tra i ceti. Al problema della “ingiustizia divisionale”, infatti, la rivoluzione borghese reagisce con una pretesa di eguaglianza tra tutte le parti della società. I diritti fondamentali, in particolare, perseguono una loro logica di tipo nuovo (anche se ancora di tipo divisionale): libertà dei membri rispetto alla totalità, eguaglianza reciproca, solidarietà come mutuo soccorso. La società è composta solo da individui singoli. La giustizia viene garantita da “mani invisibili” che, per un verso, si autoregolano e, per l'altro verso, coordinano individuali spazi di autonomia tutelati dai diritti fondamentali. In altre parole, la giustizia viene garantita dai mercati economici, dalle elezioni politiche, dalla concorrenza delle idee, dal libero gioco delle conoscenze scientifiche. Interventi esterni, di giustizia compensatoria, si giustificano solo in quanto servono a “ripulire” questa autoregolazione.

Pur andando in senso contrario, neppure la teoria della rivoluzione proletaria abbandona la prospettiva divisionale. La totalità sociale è formata da “classi” che nascono dalle contraddizioni della struttura economica. La giustizia sarà possibile solo il giorno in cui, da quei conflitti antagonisti, sarà nata la società senza classi. Nelle concezioni socialdemocratiche dello stato assistenziale, le classi, come parti sociali, si trasformano in strati. Anche qui prevale una prospettiva divisionale, applicata in modo particolare ai diritti di seconda generazione. Infatti i diritti sociali e partecipativi mirano ad eguagliare i modelli di vita dei diversi strati sociali, cercando di realizzare una giustizia politicamente garantita dallo stato.²⁸

Infine, anche le grandi teorie della società non escono dal modello divisionale. Ciò risulta soprattutto evidente in quelle concezioni della “divisione sociale del lavoro” che privilegiano, come bilanciamento giusto, la solidarietà organica sulla solidarietà meccanica.²⁹ Nel funzionalismo classico, l'elemento divisionale è identificabile nel fatto che il bilanciamento si realizza tramite relazioni di scambio tra le diverse sfere funzionali, nonché dal fatto che una sorta di stabilità aggiuntiva – nel caso di eventuali disturbi – viene ottenuta tramite meccanismi di bilanciamento (in caso estremo, tramite compensazioni statali ricavate dai guadagni della crescita economica).³⁰ Nelle teorie del conflitto, invece, le parti restano contrapposte e antagonismi inconciliabili si sostituiscono al bilanciamento giusto. Nello scontrarsi delle diverse sfere di razionalità, il politeismo della modernità vanifica la speranza di un bilanciamento giusto e duraturo: al suo posto subentra una rassegnazione disincantata di fronte alla catena delle decisioni tragiche.³¹

Tutte queste teorie “divisionali” della società finiscono per concepire i diritti dell'uomo (in senso stretto) quali diritti soggettivi delle parti *di contro* a quella istanza rappresentativa della società che è *lo stato*.³² Di conseguenza, l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, pur nelle sue diverse versioni, ricade sempre nel settore privato.³³ Si tratta di riscuotere una quota partecipativa delle risorse sociali – potere, ricchezza, sapere – secondo il modello della giustizia distributiva oppure quello della giustizia commutativa. Per un verso, si prolunga dentro la società il modello distributivo stato-cittadini. Per l'altro verso, si ripartiscono risorse secondo il modello commutativo: diritti fondamentali quali diritti soggettivi delle parti sociali in concorrenza tra loro.³⁴ Complessivamente, tuttavia, non diventa chiaro in quale misura, e a quali condizioni, i diritti fondamentali possano “obbligare” anche in settori “non politici” della società.

²⁶ *Otto von Gierke*, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, 26.

²⁷ *Michel Villey*, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, 249.

²⁸ *Bo Rothstein*, *Just Institutions Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge, 1998.

²⁹ *Emile Durkheim*, *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1930.

³⁰ *Talcott Parsons*, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

³¹ *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1968, 605; *Wolfgang Schluchter*, *Religion und Lebensführung*, vol. 1, 1988, 302.

³² *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 473.

³³ *Hester Lessard*, *The Idea of the “Private”: A Discussion of State Action Doctrine and Separate Sphere Ideology*; *Dalhousie Law Review* 10 (1986), 107.

³⁴ La Corte costituzionale tedesca - *Bundesverfassungsgericht BVerfGE* 89, 214; *Alexy* (n. 32), 484; *Brüggemeier* (n. 22), 17. Criticato da *Karl-Heinz Ladeur*, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, 2004, 61.

3. *Lettura ecologica dei diritti*

Ma ci sono domande che scendono più a fondo. Chiediamoci allora: e se non fosse corretto il concepire la giustizia delle istituzioni verso gli uomini come se si trattasse di una “giustizia di distribuzione” (o ripartizione) tra il tutto e le parti (ovvero tra le parti tra loro)? E se non fosse corretto il concepire i diritti dell'uomo come se essi fossero garanzie – formali, materiali, procedurali – degli individui nei confronti della totalità sociale, cioè nei confronti dello stato quale organizzazione complessiva della società, (ovvero come se fossero garanzie reciproche delle sue parti)?

La domanda teorica diventa allora la seguente: e se la spaccatura interna della società – quella spaccatura di cui sempre si parla perché genera l'ingiustizia come disuguaglianza tra gli uomini – non fosse altro che un fenomeno derivato? Il significato primo della differenziazione interna della società verrebbe allora pensato in modo diverso. Ossia come l'effetto dell'autonomizzarsi di reti comunicative e di un loro scontrarsi con gli ambienti. Nella forma più acuta è questa la diagnosi della teoria sistemica, la quale vede nell'autonomizzazione delle reti comunicative un'espulsione radicale degli uomini fuori della società.³⁵ La teoria sistemica riprende qui, in forma rinnovata, i classici teoremi dell'alienazione.³⁶ Da questo punto di vista, esistono segreti contatti con teorie ufficiali del nemico, con le analisi foucaultiane sul potere di disciplina, con la critica di Agamben dei meccanismi di esclusione sociale, con la teoria dei discorsi chiusi di Lyotard, con il pensiero di Derrida sulla giustizia, anche se, dalle varie parti interessate, questi contatti sono sempre ufficialmente smentiti.³⁷ Sono punti che in questa sede possiamo solo enunciare, non sviluppare.

Il primo problema giuridico che ne discende, e che a noi interessa, è il seguente. Posto che gli uomini non siano parti della società, ma siano sempre espulsi fuori di essa, in qual maniera dovremo ripensare i diritti dell'uomo? Mentre, nella tradizione, il problema di giuste istituzioni era sempre stato visto come causato dalla differenziazione interna della società, e questo induceva a ricercare una giustizia delle istituzioni *nonostante la differenza*, oggi sembra piuttosto che si debba distinguere il sistema sociale dal suo ambiente naturale ed umano, e questo induce a descrivere la giustizia delle istituzioni *a partire dalla differenza*. Ossia come quella differenza invalicabile che separa le istituzioni sociali dagli uomini concreti. *Ad essa possiamo rispondere non con la inclusione ma soltanto con il trattamento responsabile (Responsivität)*. In questa luce, i diritti fondamentali non saranno più visti come reazione a problemi interni di ripartizione sociale, bensì come risposta a problemi che, nel trascendere la società, investono una comunicazione ecologicamente responsabile. Il secondo problema che ne discende è il seguente. Ai sistemi sociali settoriali, la progressiva frammentazione della società non crea forse confini *nuovi* rispetto ai loro ambienti socio-interni e socio-esterni? Sicché ora – nelle varie istituzioni sociali specializzate – la giustizia va riguardata come un problema ambientale e non più come un problema di ripartizione?

Questa concezione *ecologica* dei diritti fondamentali – intesi come i “giusti” confini dei sistemi sociali rispetto ai loro ambienti interni ed esterni – ci dischiude due dimensioni inedite rispetto alle teorie divisionali che vedevano gli uomini come parte della società e la giustizia come un problema di disuguaglianza. *In primo luogo*, la invalicabile differenza esistente tra comunicazione e ambiente. Come può la comunicazione rendere giustizia a uomini che sono il suo ambiente extrasociale?³⁸ Come possono le istituzioni specializzate rendere giustizia ai loro ambienti intrasociali? *In secondo luogo*: il problema non sta più nel suddividere, tra le parti della società, le risorse a disposizione, dunque potere, ricchezza, sapere, opportunità di vita ecc. Piuttosto, si tratta di “restringere” gli atti delle istituzioni, in maniera tale ch'esse “rispettino” i diritti specifici dei loro ambienti sociali ed umani. Invece di sopprimere la disuguaglianza tra gli uomini distribuendo correttamente le risorse, le istituzioni sociali dovranno preoccuparsi di rispondere a due sfide del tutto diverse: 1) limitazione – dall'esterno e dall'interno – delle loro tendenze espansive, 2) bilanciamento responsabile tra la loro razionalità particolare, da un lato, e i diritti specifici dei loro ambienti (riformulati internamente come esigenze degli ambienti), dall'altro lato.

Alla prospettiva tradizionale dei diritti umani rimproveriamo pertanto di non prendere abbastanza sul serio gli individui umani.³⁹ E ciò non tanto a prescindere, quanto, appunto, a partire della sua impostazione umanistica: impostazione che la induce, contro ogni evidenza, a piazzare gli uomini al centro delle istituzioni. L'errore della tradizione divisionale, se volessimo parodiare un famoso quadro di Magritte, è riassumibile

³⁵ Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1984, 346 s; *idem*, *Individuum und Gesellschaft: Universitas* 39 (1983), 1; *idem*, *Die Form „Person“: Soziale Welt* 42 (1991), 166.

³⁶ Christoph Menke, *Spiegelungen der Gleichheit: Politische Philosophie nach Adorno und Derrida*, 2004.

³⁷ Anton Schütz, *Thinking the Law with and against Luhmann*, Legendre, Agamben: *Law and Critique* 11 (2000), 107; *idem*, *Sons of the Writ, Sons of Wrath: Pierre Legendre's Critique of Law-Giving*, in: Peter Goodrich (Ed.), *Law and the Postmodern Mind: Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*. Michigan, 1998, 193.

³⁸ Menke (n. 36), 27.

³⁹ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 35, n. 47.

nella formula: “cela n’est pas une pipe”. Nel contesto dei diritti fondamentali: “la personne n’est pas un être humain”. Nel concepire i diritti fondamentali come autonomie della persona, il pensiero giuridico tradizionale istituisce una sorta di equiparazione fatale tra “coscienza-corpo”, da un lato, e “persona”, dall’altro lato.⁴⁰ Se invece prendiamo sul serio questa distinzione – assumendo la persona come un mero costrutto vigente all’interno della comunicazione sociale, il corpo e la coscienza come unità vive e pulsanti nell’ambiente esterno alla comunicazione – allora diventa evidente il motivo per cui, nello scambiare artefatti semantici con uomini concreti, proprio questa equiparazione umanistica fa torto agli uomini.⁴¹

Dal fatto che gli uomini non siano parti della società, ma le siano contrapposti in separazione invalicabile, deriva una conseguenza inesorabile.⁴² “Società” da un lato e “coscienza-corpo” dall’altro *non* possono essere messi reciprocamente in comunicazione. Coscienza e corpo sono, ciascuno per sé, processi autonomi (psichici ovvero organici). Essi hanno certo prodotto comunicazione, ma non la possono dominare. Così la comunicazione si autonomizza rispetto agli uomini, creando un proprio mondo simbolico di contro alla coscienza degli individui. Questo mondo simbolico può essere produttivamente strumentalizzato dagli uomini ai fini della loro sopravvivenza. Ma, talora, può anche *capovolgarsi* contro gli uomini – è il momento in cui i diritti fondamentali diventano importanti – minacciando la loro esistenza e persino spegnendola.⁴³ Esempi estremi sono: uccisione tramite catena di comando, “sweat shops” come prodotto di anonime forze di mercato, kamikaze come effetto di comunicazione religiosa, tortura politica e militare come distruzione della identità.

Nella negatività di queste esternalizzazioni comunicative – ossia nel potenziale distruttivo di vita e coscienza che si dischiude nella comunicazione – sta il cuore del problema rappresentato dai diritti dell’uomo. Dunque non, come pensava la tradizione, nella disuguaglianza degli uomini! Se intendiamo la società come un insieme di comunicazioni, allora il suo potenziale di minaccia contro l’ambiente non è affatto in contraddizione con la sua chiusura operativa. Al contrario, ne è la conseguenza. Certamente, grazie alla loro chiusura reciproca, società e uomini risultano l’un l’altro inaccessibili. Per un verso, i processi comunicativi non possono entrare nel corpo e nell’anima. Per l’altro verso, corpo e anima restano esterni alla comunicazione. E tuttavia, la comunicazione può *irritare* i processi psico-fisici al punto da minacciare la loro integrità. E può anche finire per distruggerli. A questo punto vediamo corpo e coscienza degli individui (non delle “persone”) reclamare i loro specifici “diritti latenti”: *diritti pregiudicati, prepolitici, persino presociali (nel senso di extrasociali)*.⁴⁴ Con l’insistere sulla loro identità e integrità, essi resistono contro le perturbazioni pericolose della comunicazione: e tutto questo senza bisogno di un vero e proprio “foro” di fronte a cui azionare tali “diritti”.⁴⁵ I diritti umani, se li intendiamo in senso stretto, dovrebbero essere solo circoscritti a questa “grossolana” problematica dell’integrità psichica e fisica, e non, al contrario, essere sovraccaricati da ulteriori – eterogenei – problemi relativi alla comunicazione sociale (col che non voglio affatto negare, anzi piuttosto sottolineare, la rilevanza di questi problemi ulteriori per i diritti fondamentali in un senso più ampio).⁴⁶

Tuttavia questi “diritti” latenti vengono in luce solo quando le sofferenze psichiche e fisiche non restino mute e inascoltate, bensì riescano a irritare la comunicazione della società scatenando in essa nuove differenze.⁴⁷ La resistenza dei corpi e delle anime sofferenti può produrre effetti solo quando si esprime sul piano comunicativo. Sono questi i messaggi sociali della violenza corporea come comunicazione di contropotere, nonché i messaggi di lamento e di protesta delle anime che soffrono. Solo allora diventa possibile, su questa base, sviluppare conflitti comunicativi che tematizzano i diritti dell’uomo. Va tuttavia notato che questi conflitti simbolico-comunicativi hanno sempre un carattere sostitutivo e suppletivo. Essi non incarnano i conflitti reali dell’ambiente, ma li “rappresentano” soltanto. Non coincidono affatto con i veri e propri conflitti scatenati dalla comunicazione sui suoi ambienti psichici e organici. Neppure li rispecchiano con fedeltà assoluta, dal momento che questi conflitti comunicativi sono, all’interno della società, mere risonanze di conflitti esterni e, all’interno della comunicazione, mere ricostruzioni di conflitti ambientali. Anche gli effetti generati da questi conflitti comunicativi si riducono a norme intracomunicative da cui psiche e corpo non possono, in realtà, essere né regolati né protetti. Epperò, in maniera indiretta e tortuosa, questi effetti possono diventare rilevanti sia per la psiche sia per il corpo, nel momento in cui, da tali conflitti, derivino norme sociali in grado di *arginare* la comunicazione rispetto a ciò che la trascende (gegenüber dem

⁴⁰ Niklas Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, 2002, 343.

⁴¹ Menke (n. 36), 119, 273.

⁴² Peter Fuchs, Der Eigen-Sinn des Bewusstseins: Die Person - die Psyche - die Signatur, 2003, 16, 47; Harald Wasser, Psychoanalyse als Theorie autopoietischer Systeme: Soziale Systeme 1 (1995), 329.

⁴³ Menke (n. 36), 216.

⁴⁴ Paul Stenner, Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions: Soziale Systeme 10 (2004), 159 (166); Christopher D. Stone, Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects: Southern California Law Review 45 (1972), 450.

⁴⁵ Fuchs (n. 42), 22.

⁴⁶ Luhmann (n. 39), 578.

⁴⁷ Fuchs (n. 42), 17.

Ausser-kommunikativen). Qui la figura centrale del diritto, il divieto giuridico, acquista un effetto che travalica i confini dell'ambito comunicativo: determinate comunicazioni vengono proibite (per es. divieto di uccidere o torturare). Per questa via, i "diritti latenti" (le pretese degli uomini in carne e ossa alla loro integrità fisica e psichica) si trasformano in "diritti viventi" nel senso di Eugen Ehrlich, ossia in "diritti dell'uomo" in senso stretto, rivendicabili nella società in generale (e non solo in sede giuridica o politica). Inutile aggiungere che tutto ciò non va confuso con la distinzione filosofica tra diritti nello stato di natura e diritti nello stato civile.⁴⁸

Non ha quindi nessun senso formulare, nel diritto positivo, i diritti dell'uomo come se essi fossero una libera decisione del sovrano politico (sia esso principe o popolo autolegislatore). Pur senza avere un carattere giusnaturalistico nel senso di una assoluta validità pre-politica, i diritti dell'uomo restano pur sempre, in senso totalmente diverso, *pre-sociali* in quanto fondati sui "diritti latenti" delle unità psicofisiche alla loro identità e integrità, nonché *pre-politici* e *pre-giuridici* in quanto fondati su quel "diritto vivente dei diritti umani" che deriva dai conflitti comunicativi (e dai risultati conseguiti) in sede politica, morale, religiosa e giuridica.⁴⁹ Trasformando questi diritti pregiudiziali in diritti tecnici di tipo giuridico e politico, la positivizzazione si rivela essere non tanto una "libera decisione" del legislatore democratico, quanto piuttosto l'effetto sia di processi che si autoconservano all'esterno della società sia di conflitti che si sviluppano all'interno della società.

4. *Diritti costituzionali come risposta, nella modernità, all'invadenza del potere politico*

Dunque il problema dei "diritti umani latenti" nasce solo dopo che si sia cominciato a comunicare. Essi si presentano come i "diritti specifici" con cui vita organica ed esperienza psichica reagiscono alla minaccia prodotta sulla loro integrità dalla comunicazione sociale. Nella vecchia Europa questo problema, lungi dal tradursi nella cultura dei diritti umani, si esprimeva ancora nell'idea della perfezione dell'uomo in una natura imperfetta ovvero in quella della salvezza dell'anima in un mondo corrotto. Il primo "peccato originale" accadde con l'albero della conoscenza. Distinguendo il bene dal male, la comunicazione si presentò come una forza materiale che produceva senso. Perciò stesso doveva distruggere l'unità originaria di uomo e natura, rendere l'uomo simile a dio, causare la perdita del paradiso. L'origine dell'alienazione è già racchiusa in questa prima comunicazione.

Ma nel loro senso propriamente moderno, i diritti dell'uomo nascono solo con quel *secondo* peccato originale che non consiste – come credeva Marx – nella nascita della proprietà privata, bensì nella autonomizzazione di una pluralità di mondi simbolici e comunicativi. Anzitutto, guadagnandosi un intero orizzonte di visibilità, si autonomizza la matrice della politica. Svincolandosi dai diffusi legami morali, religiosi, economici della vecchia società, la politica esalta all'infinito le facoltà usurpanti del suo medium, il potere, senza che nessun vincolo interno possa più imporre argini a quest'ultimo. Tramite chiusura operativa e autonomizzazione strutturale, la politica si crea ambienti nuovi, nei cui confronti sviluppa tendenze espansive se non addirittura imperialistiche. Resosi assoluto, il potere dischiude forze distruttive inimmaginabili. Centralizzandosi nella legiferazione legittima, esso sviluppa un suo linguaggio specifico, adotta le razionalità altamente artificiali del politico, scivola nella tendenza alla totalizzazione sfrenata.⁵⁰ La sua espansione va nelle direzioni più diverse. In una sua prima dimensione, esso scavalca i confini che dovrebbero separarlo da altri settori sociali. La reazione di questi ultimi – nei conflitti che ne derivano – consiste nel rivendicare diritti fondamentali di tipo istituzionale e personale, vale a dire autonome sfere di comunicazione schermate dal dominio e sottratte all'intervento politico. Questi diritti fondamentali circoscrivono, nei confronti della politica, spazi di autonomia comunicativa che vengono ascritti – quali costrutti sociali – sia a istituzioni sia a persone.⁵¹ In entrambi i casi, all'interno del corpo sociale, i diritti fondamentali pongono un argine alle tendenze totalizzatrici della matrice politica. In una sua seconda dimensione, e con particolare virulenza, la politica si espande oltre le frontiere del corpo sociale, tentando di controllare i corpi e le menti degli uomini. La resistenza di questi ultimi può avere successo solo se – sotto forma di protesta – essa può essere comunicata in denuncia e in violenza, dunque socialmente tradotta in lotta politica degli oppressi contro gli oppressori. Solo così tale resistenza può storicamente sfociare nei compromessi e nelle garanzie di un'autolimitazione della politica nei confronti degli uomini quali unità psicofisiche. Nascono così i *diritti dell'uomo* in senso stretto, che andrebbero tenuti distinti dai *diritti fondamentali* (istituzionali e personali) di cui abbiamo parlato prima.

Nella tradizione giuridica, questi "latenti" *diritti dell'uomo* non furono mai chiaramente separati dai *diritti fondamentali* di tipo personale e istituzionale. Al contrario, essi furono sempre tradotti – compattamente – in diritti fondamentali individuali. Anzi, tradotti in maniera tale da poter produrre una "re-entry". La

⁴⁸ Riccardo Prandini, La 'costituzione' del diritto nell'epoca della globalizzazione, in: Gunther Teubner, La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili, 2005, 191-225 (216).

⁴⁹ Per la differenza fra osservazione psichica e sociale Fuchs (n. 42), 37 f.

⁵⁰ Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965, 24.

⁵¹ Ladeur (n. 34), 77.

comunicazione non può né garantire né regolare l'autonomia della coscienza. Non può nemmeno descriverla in modo adeguato facendo vedere la corrispondenza di conoscenza e oggetto. La differenza tra "comunicazione" e "coscienza" è invalicabile. Ma questa differenza viene fatta rientrare all'interno della comunicazione. Lo stesso avviene per la differenza tra "comunicazione" e "corpo". Gli uomini – che come coscienza e corpo sono esterni e inaccessibili alla comunicazione – vengono nel sistema giuridico rimodellati in termini di "persona" e "titolare di diritti", senza peraltro che ciò possa garantire, come si è visto, una corrispondenza tra i costrutti socialmente interni della persona e gli uomini socialmente esterni. A questi artefatti della comunicazione vengono imputate azioni e garantiti spazi di libertà. Così la tradizione giuridica cade nell'errore fatale – da noi già criticato – di confondere tra loro "persone" e "uomini" nel concetto (compattamente indifferenziato) dei diritti fondamentali individuali. Quella tradizione non distingue a sufficienza tra garanzie delle libertà comunicative, da un lato, e garanzie dell'integrità psico-fisica, dall'altro lato. Invece, non si insisterà mai abbastanza sulla differenza che separa tra loro i diritti fondamentali della persona dai diritti dell'uomo. Certamente, non potendo fare a meno della tecnica della "re-entry", i diritti dell'uomo risultano sempre ascritti a costrutti comunicativi degli uomini. E tuttavia – se vogliono valere come garanzie della integrità psichica e fisica – i diritti dell'uomo devono sempre salvaguardare una loro differenza semantica rispetto alle libertà comunicative della persona.

5. *La società frammentata: il moltiplicarsi espansivo dei sistemi*

Riferiti allo stato, i diritti fondamentali funzionano solo finché lo stato venga identificato con la società, o, quanto meno, finché lo stato possa essere inteso come l'organizzazione della società e la politica come il suo gerarchico coordinamento. Man mano, tuttavia, che si liberano e si autonomizzano altri "media" comunicativi altamente specializzati (denaro, sapere, diritto, medicina, tecnologia), questo modello perde via via di plausibilità. E' a questo punto che nasce il problema dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali e dei diritti dell'uomo: la frammentazione della società moltiplica le zone di frontiera colleganti le matrici comunicative autonomizzate agli uomini. I nuovi mondi simbolici definiscono, ognuno, propri diversi confini con gli ambienti esterni in cui si collocano gli uomini. E su quei confini nascono minacce inedite alla integrità di corpo e anima. E' a questa problematica che dobbiamo circoscrivere "l'effetto su terzi" dei diritti dell'uomo in senso stretto. Non meno importante sarebbe poi la problematica – riguardante però i diritti fondamentali e non i diritti dell'uomo! – relativa alla autonomia delle sfere comunicative istituzionali nei confronti di sopraffazioni "private", e una terza problematica dovrebbe riguardare l'autonomia delle libertà comunicative delle persone.⁵²

Con ciò diventa chiaro perché il problema dei diritti dell'uomo non possa essere limitato al rapporto stato-individuo o all'ambito della politica istituzionalizzata o anche soltanto ai fenomeni del potere in senso lato (à la Foucault).⁵³ La minaccia sollevata da una matrice comunicativa autonomizzata sulla integrità fisica e spirituale degli uomini non è solo ascrivibile alla politica, ma, in via di principio, a tutti i sottosistemi autonomizzati sviluppati una propria dinamica espansiva. Per quanto attiene alla matrice della economia, Marx ha illustrato questo meccanismo servendosi dei concetti di alienazione, feticizzazione, autonomia del capitale, mercificazione del mondo, sfruttamento dell'uomo. Oggi, autori come Foucault o Agamben, ci mostrano analoghe minacce alla integrità causate dalla matrice delle scienze naturali, dalla matrice della psicologia e delle scienze sociali, da quella della tecnologia, della medicina, nonché da stampa, radio e televisione⁵⁴ (eventuali capitoli potrebbero intitolarsi: dottor Mengele,⁵⁵ tecniche della riproduzione,⁵⁶ accanimento terapeutico in sale di rianimazione, il perduto onore della Katharina Blum⁵⁷...).

A questo punto dovrebbe essere finalmente chiaro perché è insensato parlare di "effetto su terzi" dei diritti politici fondamentali. Il problema non è trasferire – nelle relazioni con "terzi" e con attori privati – libertà individuali statalmente tutelate. Ciò che occorre è qualcosa di diverso: sviluppare garanzie di tipo nuovo, che permettano di arginare i potenziali sociali distruttivi nei confronti di corpo e anima. A tal fine, non è sufficiente quella prospettiva di "state-action" che fa socialmente valere i diritti fondamentali solo quando nel settore privato sono rinvenibili tracce di azione statale. Persino la dottrina costituzionale che usa il "potere

⁵² Ladeur (n. 34), 64.

⁵³ Franz Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht: *Archiv für die civilistische Praxis*, 164 (1964), 385; Anderson (n. 4), 33.

⁵⁴ Giorgio Agamben, *Homo Sacer*, 1995.; Michel Foucault, *Surveiller et punir: La naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

⁵⁵ Hans-Walter Schmuhl, *Grenzüberschreitungen: Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, 2005.

⁵⁶ Stephan Rixen, Die reproductivische Diffusion des Körpers: Diffusion der Menschenrechte? in: Ludger Schwarte and Christoph Wulf (Ed.), *Körper und Recht: Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie*, 2003, 211 s

⁵⁷ Heinrich Böll, *Die verlorene Ehre der Katharina Blum oder: Wie Gewalt entstehen und wohin sie führen kann*, 1992.

economico” come criterio per l’applicabilità dei diritti costituzionali nel settore privato finisce in un vicolo cieco, in quanto si limita ad assumere i diritti fondamentali esclusivamente come una reazione ai fenomeni del potere. Tutto ciò è troppo riduttivo, in quanto prende sì di mira una forma del potere sociale, ma senza cogliere le più sottili minacce alla integrità psico-fisica causate *dalle altre* matrici comunicative.

Perciò diventa oggi centrale, per il problema dei diritti umani, studiare le conseguenze della frammentazione della società. Non esiste solo la frontiera tra “comunicazione politica” e “uomo”, frontiera sulla cui linea fanno la guardia i diritti dell’uomo. Piuttosto, vediamo nascere problemi sui confini specifici che collegano ciascuna delle varie istituzioni sociali ai suoi ambienti umani, dunque sul confine politica-individuo, economia-individuo, diritto-individuo, scienza-individuo (confini che vanno intesi non come relazione tutto-parte, bensì come differenza tra “comunicazione” e “psiche-corpo”). Diventa allora essenziale fare la mappa di questi punti di frontiera, al fine di conoscere l’esatta natura delle violazioni-di-confine che minacciano l’integrità. Dove si trovano questi punti di frontiera? Risposta: nei diversi costrutti con cui i sottosistemi rappresentano la persona: homo politicus, oeconomicus, juridicus, organisatoricus, retalis ecc. Come abbiamo detto, si tratta soltanto di costrutti vigenti all’interno della comunicazione, tramite i quali possiamo ascrivere imputazioni e responsabilità. Per un altro verso, tuttavia, essi sono punti di contatto reale con gli uomini “oltre le mura”.⁵⁸ Attraverso la maschera della “persona” i sottosistemi contattano gli uomini: certo non possono entrare in comunicazione con loro, epperò possono fortemente irritarli e, d’altro canto, lasciarsi da essi irritare. In perturbazioni ciclicamente ricorrenti e selettive, la comunicazione irrita la coscienza con le sue “richieste” e le sue interpellanze (condizionate da ipotesi personali di razionalità) e si lascia a sua volta irritare dalle “risposte” (anch’esse altamente selettive). In questa ricorsività l’uomo si ritrova sfruttato dai sistemi sociali (non dagli uomini!). Il sistema sociale – processo di comunicazione altamente specializzato – concentra le sue irritazioni degli uomini sui costrutti della persona. Da questi costrutti esso “succhia” le energie psichiche e fisiche necessarie ad autoconservare la sua differenza dall’ambiente. E’ questa la modalità specifica con cui i meccanismi di disciplinamento studiati da Foucault sviluppano la loro potenza particolare.⁵⁹

6. La matrice anonima

Da un punto di vista sistematico, abbiamo finalmente individuato l’origine delle violazioni dei diritti fondamentali: le razionalità parziali dei singoli sistemi sociali tendono a espandersi in maniera totalitaria. Per questo diventa sbagliato interpretare l’effetto orizzontale dei diritti fondamentali come se si trattasse di ridiscutere le relazioni di attori privati e di bilanciarne tra loro i diritti. Ma donde nasce, ancor più precisamente, la violazione dei diritti fondamentali? La formula “effetto orizzontale” riflette ancora il pregiudizio di chi – vedendo nella società un rapporto parte-tutto e semplificando la problematica dei diritti umani in maniera intollerabile – si limita a pensare che singoli membri della società facciano torto ai diritti di *altri* membri. Ma l’offesa che certe unità psicofisiche possono arrecare ad altre unità psicofisiche – vuoi attraverso comunicazione, semplice percezione o diretto contatto fisico – rappresenta un problema completamente diverso, sorto molti secoli prima dell’odierna frammentazione della società. Da un punto di vista sistematico, esso va dunque tenuto del tutto separato dalla problematica dei diritti fondamentali in senso proprio. Nella tradizione europea, accanto ad altre costruzioni teoriche, quel problema è stato “tradotto” nella sfera sociale tramite l’attribuzione di “diritti soggettivi” alle *persone* intese quali rappresentanti degli uomini concreti. La tradizione kantiana dei diritti soggettivi ha poi elaborato sul piano filosofico questa impostazione: le sfere di libero arbitrio dei cittadini furono – idealiter – reciprocamente circoscritte in maniera tale, da fare assumere al diritto una forma suscettibile di universalizzazione.⁶⁰ Giuridicamente, tutto ciò ha soprattutto influenzato l’idea della responsabilità civile, incentrata non tanto sui danneggiamenti oggettivi quanto piuttosto sulla violazione dei diritti soggettivi. Noi proponiamo di distinguere questi *diritti soggettivi* del diritto privato dai *diritti fondamentali* intesi nelle loro dimensioni istituzionali, personali e umane. Secondo noi, i diritti fondamentali non riguardano il reciproco danneggiarsi delle sfere private, ossia non riguardano anzitutto relazioni intersoggettive, bensì, piuttosto, *il danneggiamento inferto all’integrità di istituzioni, persone o individui ad opera di matrici comunicative anonime (istituzioni, discorsi, sistemi)*. Così i diritti fondamentali non si definiscono a partire dalla fundamentalità del bene minacciato o dalla loro posizione privilegiata nei manifesti costituzionali. Essi sono piuttosto contro-istituzioni sociali e giuridiche che fanno argine alle tendenze espansionistiche dei vari sistemi sociali. In entrambi i casi, la tradizione angloamericana si serve della stessa espressione indifferenziata: *rights*. Così, per un verso, essa si lascia sfuggire la fondamentale differenza tra diritti soggettivi e diritti fondamentali, mentre, per l’altro verso, può permettersi di sottoporli compattamente allo stesso trattamento.

⁵⁸ Fuchs (n. 42), 16 f., 28 f., 30 f., 33.

⁵⁹ Gunther Teubner e Michael Hutter, Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in: Peter Fuchs und Andreas Göbel (Ed.), Der Mensch - das Medium der Gesellschaft? 1994, 110-145.

⁶⁰ Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch, in: *idem*, Werkausgabe, 1977, vol. 11, 144.

Piuttosto, alla nostra concezione dei diritti fondamentali potrebbe essere accostato sia il concetto di “criminalità organizzata” del diritto penale sia la responsabilità penale imputabile alle organizzazioni formali.⁶¹ In entrambi i casi, infatti, abbiamo violazioni normative che non sono compiute in prima persona da uomini concreti, ma piuttosto da processi sociali impersonali che attuano l’infrazione servendosi di loro funzionari. Tuttavia, anche qui, siamo ancora di fronte a pericoli derivanti da “attori collettivi” alquanto concreti (stati, partiti politici, imprese economiche, complessi industriali, gruppi d’interesse), mentre continua ad essere messo tra parentesi il pericolo derivante dalla “matrice” anonima, ossia da quei processi comunicativi autonomizzati (istituzioni, sistemi funzionali, reti) che non sono personificabili come dei collettivi. Già nella loro versione politica i diritti dell’uomo non dovrebbero più essere intesi come relazioni di attori politici (stato versus cittadino), vale a dire come espressione di relazioni tra persona e persona. Si tratta, in realtà, di relazioni tra processi anonimi di potere, da un lato, i corpi vessati e le anime offese, dall’altro. Sul piano della comunicazione ciò viene tradotto in maniera molto inadeguata, per non dire sviante, parlando di un rapporto tra la “persona” stato con le “persone” individui.

Così facendo, ossia assumendo l’effetto orizzontale dei diritti fondamentali nei termini di un “bilanciamento” di diritti soggettivi da parte di singole persone, noi ricadiamo nel drammatico errore categoriale già commesso dalla tradizione giuridica. E di nuovo scivoliamo nella responsabilità civile con le sue relazioni interpersonali. E di nuovo siamo costretti ad applicare in maniera compatta e grossolana, alle relazioni interpersonali le più differenziate, quei diritti fondamentali che sono solo riferibili allo stato (il che produce conseguenze disastrose per le libertà di scelta intersoggettive). E’ questo l’unico senso ragionevole delle proteste (spesso esagerate e mancanti il loro obiettivo) che i teorici di diritto privati sollevano contro “l’invasione” dei diritti fondamentali all’interno del diritto civile.⁶²

Questo errore categoriale noi potremo evitarlo solo se alla problematica dei diritti dell’uomo – sia nella vecchia versione politica sia nella nuova versione policontesturale – noi sapremo dare l’interpretazione che segue. Ciò che, in realtà, minaccia gli uomini non sono semplicemente altri uomini, bensì processi comunicativi anonimi che si tratta in primo luogo di identificare con precisione. E’ ciò che ha visto molto bene Foucault, quando ha radicalmente spersonalizzato i fenomeni di potere, insediando nei capillari della società l’odierna micrologia del potere e vedendo in quest’ultima l’espressione di pratiche discorsive (anche se, dobbiamo aggiungere, la sua fissazione ossessiva al fenomeno del potere lo spinge poi a gonfiarne assurdamente il concetto e a chiudere gli occhi di fronte ai più sottili condizionamenti di altri media comunicativi).

Possiamo ora enunciare come segue il risultato delle considerazioni fin qui sviluppate. La questione dei diritti dell’uomo, in senso stretto, va oggi intesa come la minaccia alla integrità psico-fisica degli individui messa in atto da una pluralità di processi comunicativi anonimi, autonomizzati e globalizzati. Sennonché, la frammentazione della società mondiale in sottosistemi autonomi non crea soltanto nuovi punti di frontiera colleganti, all’esterno della società, i sottosistemi agli uomini. Essa crea anche nuovi punti di frontiera attraverso cui, all’interno della società e con modalità ogni volta specifiche, si fanno sentire gli effetti espansivi di questi sottosistemi.⁶³ Allora diventano chiari i caratteri che la nuova “equazione” dovrà assumere per poter sostituire quella vecchia, ossia quella in cui l’effetto orizzontale dei diritti fondamentali postulava una relazione intersoggettiva tra i due attori “privati” della infrazione normativa: il colpevole privato e la vittima privata. Adesso, quale primo membro della equazione, non abbiamo più un attore privato responsabile della violazione di diritti, bensì *la matrice anonima di un medium comunicativo che si è autonomizzato*. Né, nel secondo membro della equazione, troviamo più un individuo compattamente inteso: a partire dal tracciamento di nuove frontiere, la tutela giuridica individuale, prima intesa unitariamente, si dischiude in una molteplicità di dimensioni. Da questo lato dell’equazione dobbiamo, da un punto di vista sistematico, suddividere i diritti fondamentali in tre, se non addirittura quattro, dimensioni.

- *Diritti fondamentali in capo alle istituzioni*: servono a tutelare l’autonomia dei processi sociali arginando le tendenze totalizzanti della matrice comunicativa.⁶⁴

⁶¹ *Herbert Jäger*, Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989; *Carlos Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, 2005, 109.

⁶² *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht: Archiv für die civilistische Praxis 192 (1992), 35; *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen: Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), 1; *Uwe Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz: Archiv für die civilistische Praxis 197 (1997), 57; *Uwe Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht: Festschrift für Karl Heinz Briam 198 (1998), 171.

⁶³ *Fischer-Lescano und Teubner* (n. 8), 1005; *Martti Koskeniemi*, Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought, Harvard 2005, <http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/PluralismHarvard.pdf> (19.12.2005).

⁶⁴ *Ladeur* (n. 34), 60, 69 ss.; *Christoph Graber e Gunther Teubner*, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere: Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), 61; *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken: Kritische

- *Diritti fondamentali in capo alle persone*: servono a tutelare, all'interno della società, l'autonomia di comunicazioni che non sono imputabili alle istituzioni, ma a quegli artefatti sociali che chiamiamo "persone".
- *Diritti dell'uomo* in senso stretto: quali limiti negativi della comunicazione sociale, essi entrano in azione quando l'integrità della psiche e del corpo umano è minacciata dalle intrusioni della matrice comunicativa.
- (citiamo qui per completezza, pur senza trattarli sistematicamente: *diritti ecologici*, che servono a tutelare l'integrità dei processi naturali dalle minacce provenienti dalla società).

Va anche sottolineato che, nella loro concretezza, i diritti fondamentali non sono mai ascrivibili a una soltanto di queste dimensioni: spesso noi ci troviamo di fronte a sovrapposizioni e intersezioni. Certi diritti ricadono tendenzialmente nel baricentro di questa o quella dimensione (per esempio: "libertà d'espressione artistica" e "diritto di proprietà" fanno soprattutto capo ai diritti fondamentali istituzionali, laddove la "libertà di coscienza" fa capo soprattutto alla dimensione dei diritti dell'uomo in senso stretto). Altri diritti fanno riferimento a tutte e tre le dimensioni (per esempio la libertà religiosa). Tanto più importante diventa allora distinguere con attenzione le tre dimensioni all'interno dei singoli diritti, ponendo attenzione alle loro differenziate forme giuridiche e condizioni di realizzabilità.

7. Sono diritti azionabili?

Concentriamoci ora sulla terza dimensione, quella relativa ai diritti dell'uomo in senso stretto. In termini giuridici la questione è formulabile così: è possibile tradurre l'effetto orizzontale dei diritti dal piano dei conflitti intrasociali (persona versus persona) al piano dei conflitti sistema-ambiente (comunicazione versus "corpo-anima")? In altri termini: è possibile trasformare conflitti interpersonali, tra titolari individuali di diritti, in conflitti tra processi comunicativi anonimi, da un lato, e individui concreti, dall'altro lato?

Le difficoltà sono enormi. Proviamo ad elencarne qualcuna.

Un conflitto tra sistema e ambiente ricade sempre nella "terra di nessuno" che si apre tra i mondi simbolici "comunicazione", da un lato, e "coscienza", dall'altro lato. La domanda è: come può tale conflitto essere comunicativamente "tematizzato" in termini di conflitto, di conflitto sociale, addirittura di conflitto giuridico? Un vero problema à la Lyotard: dovremo parlare di *litige* o non piuttosto di *différend*? Mancando un super-mondo simbolico, questo conflitto non sfugge al dilemma di: o essere *soltanto vissuto* come sofferenza psichica, e allora è destinato a non essere ascoltato da nessuno, oppure essere *comunicativamente tradotto*, e allora si chiederà (paradossalmente e inverosimilmente) proprio all'autore della violazione – cioè alla società e alla comunicazione – di sanzionare i propri crimini! E' come chiedere al caprone sfonda-siepi di fare il giardiniere. E tuttavia: proprio istituzionalizzando diritti politici, alcuni nazioni sono infine giunte a realizzare (seppure in modo imperfetto) questa strana e contraddittoria autolimitazione.

L'unico linguaggio a disposizione del diritto è quello dei "diritti" e delle "persone".⁶⁵ Con questo linguaggio riduttivo, come può il diritto qualificare un conflitto di frontiera? Come può costruire la differenza tra conflitti giuridici *interni* alla società (riferiti alle persone) e conflitti giuridici *esterni* alla società (riferiti agli uomini)? Qui ci scontriamo non solo contro i limiti della dogmatica giuridica, ma anche contro i limiti dello stesso processo giudiziario. In esso, infatti, abbiamo sempre una parte attrice che rivendica i suoi diritti contro la parte convenuta. Ma una volta che noi abbiamo costretto i diritti dell'uomo dentro questa struttura binaria – "persona versus persona" – possiamo poi ancora rivendicarli contro la violenza strutturale di processi comunicativi anonimi? Ecco che, almeno nel processo giudiziario, ci vediamo di nuovo costretti a utilizzare quell'errore categoriale da noi prima tanto criticato. Senonché ora, conoscendo la sua falsità, potremo applicare a questo errore la correzione di una differenza interna. Dunque ancora e sempre: rivendicazioni individuali contro attori privati. Epperò, all'interno di queste rivendicazioni, noi vedremo azionati dei diritti umani che non sono diritti di persone contro persone, bensì diritti di uomini in carne e ossa contro la violenza strutturale della matrice. Usando una terminologia tradizionale: le rivendicazioni individuali mirano ora a mettere in discussione i problemi delle istituzioni. Qualcosa di analogo l'avevamo già imparato da quelle precedenti teorie istituzionali dei diritti che riconoscevano, come titolari di diritti, non solo persone ma anche istituzioni.⁶⁶ Chi rivendicava, per esempio, la propria libertà di pensiero politico, s'impegnava nello stesso tempo per l'integrità di una più generale formazione politica della volontà democratica. Solo che ora – in un ripetuto rovesciamento di fronti – non stiamo più parlando della rivendicazione (contro lo stato) di diritti

Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften 83 (2000), 388; *idem*, Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag, in: Festschrift Eike Schmidt, 2005, 303.

⁶⁵ Ann Glendon, Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse, in: Don E. Eberly (Ed.), The Essential Civil Society Reader. Oxford, 2000, 305-316.

⁶⁶ Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, 85; Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridder, Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie: Kritische Justiz 32 (1999), 281.

goduti da istituzioni non-personali, bensì della rivendicazione (contro istituzioni sociali extra-statali) di diritti goduti da individui extrasociali.

Si tratta di una distinzione certo plausibile, in via di principio. Ma è poi tanto netta da poter essere anche azionabile in tribunale? Se la comunicazione è soltanto possibile tra persone, come si possono separare i conflitti persona-persona dai conflitti individuo-individuo, per un verso, e dai conflitti comunicazione-individuo, per l'altro verso? Una volta tradotto nel gioco linguistico della società e del diritto, questo diventa un classico problema di attribuzione. Who dunnit? Alla fine, chi è imputabile? Possiamo considerare responsabili – per le concrete minacce dell'integrità psico-fisica – non individui e persone, ma anonimi processi di comunicazione? Se sì, allora anche col riduttivo linguaggio giuridico saremo riusciti a formulare un autentico problema di diritti umani.

In una semplificazione estrema potremmo forse tradurre come segue – in termini giuridici tradizionali – la problematica dell'effetto "orizzontale" dei diritti umani. Nel quadro del diritto privato, la problematica dei diritti dell'uomo sussiste soltanto quando la minaccia alla integrità psico-fisica degli individui viene messa in atto da "istituzioni" sociali (e non semplicemente da attori individuali). Con il termine istituzioni dobbiamo intendere sia organizzazioni formali private sia regimi privati. I casi più notevoli sarebbero allora, per un verso, organizzazioni formali quali imprese economiche, associazioni private, ospedali, scuole, università. Per l'altro verso, quali regimi privati, dovremmo confrontarci con condizioni contrattuali nonché con varie forme di standardizzazione e regolamentazione privata.⁶⁷ Dobbiamo tuttavia tener presente che solo in maniera imperfetta il concetto di "istituzione" mette in luce quelle dinamiche espansive delle catene comunicative che minacciano l'integrità psico-fisica tramite un medium specifico (ciò cui vuole alludere la nostra metafora della "matrice" anonima). Senonché – per giuristi costretti a orientarsi ai concetti di "norma" e di "persona" – l'istituzione ha il grande vantaggio di poter definire un fascio di norme e, nello stesso tempo, di poter essere personificata. Nel concetto di istituzione potremmo pertanto trovare una direzione giusta per specificare meglio la teoria dei diritti fondamentali nei vari settori sociali (l'equivalente, per così dire, dello *stato* che è, nello stesso tempo, istituzione e persona nella sfera politica). Come risultato, avremmo così ottenuto di rendere plausibile anche agli occhi del "giurista in quanto tale" la formula della "effetto per terzi". In sostanza: l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali non riguarda né attori privati né un bilanciamento da operare tra titolari individuali dei diritti. Riguarda invece: diritti dell'uomo, diritti della persona e diritti del discorso nei confronti delle istituzioni sociali.

8. HIV/AIDS versus MNE

Dopo aver così acuito – e nello stesso tempo attenuato – le nostre aspettative circa il diritto dei diritti dell'uomo, torniamo di nuovo a riflettere sulla tragedia dell'AIDS in Sudafrica. Non ho soluzioni facili da offrire, ma tutt'al più delle indicazioni sulle possibili direzioni lungo le quali sviluppare questo diritto. Appare evidente che sarebbe poco adeguato, davanti al giudice, giocare il diritto individuale alla vita, goduto dai pazienti, contro il diritto individuale alla proprietà, goduto dalle MNE. Non siamo di fronte a un problema di "corporate social responsibility", per cui una certa persona giuridica conculcherebbe i diritti dei malati di AIDS stabilendo certi prezzi delle medicine. Se vogliamo definire lo "access to medication" come un diritto dell'uomo, allora dobbiamo ripensare in termini nuovi l'effetto orizzontale di diritti, trasferendola dai conflitti personali (persona versus persona) ai conflitti sistema-ambiente (comunicazione versus "corpo-psyche" ovvero istituzione versus istituzione).

Nella dimensione istituzionale, è importante inquadrare il conflitto nel suo contesto sociale e rendersi conto che, in fin dei conti, la tragedia dell'AIDS rinvia allo scontro di due irriducibili logiche di azione. La collisione più "intrattabile" nasce nel quadro giuridico dei brevetti medico-farmaceutici, ossia nella contraddizione che si apre tra le norme della razionalità economica e le norme dell'assistenza sanitaria.⁶⁸ In sostanza, non si tratta tanto di infliggere a singole industrie farmaceutiche un controllo sui prezzi, quanto di sviluppare – sul piano generale – norme di incompatibilità nel rapporto esistente tra settore economico e settore sanitario. Si tratta cioè di sviluppare – nel quadro di un diritto transnazionale dei brevetti – il diritto della "World International Patent Organisation" (WIPO), della "World Trade Organisation" (WTO) e dell'ONU, in modo tale da neutralizzare i conflitti che si scatenano tra logiche di azione incompatibili, partendo da una inclusione delle questioni sanitarie all'interno della razionalità economica. Non esistendo nessuna autorità sovraordinata, il conflitto può essere risolto solo nella prospettiva di uno dei regimi in lotta. Tuttavia, la logica

⁶⁷ Il rinascimento del istituzionalismo: *Julia Black*, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutional Approaches to Regulatory Decision Making: Law & Policy* 19 (1997), 51. *Wichtige Beiträge zum neuen Institutionalismus* *Peter B. Evans, Dieter Rueschemeyer e Theda Skocpol* (Ed.), *Bringing the State Back In*, Cambridge, 1985; *Peter A. Hall*, *Governing the Economy: The Politics of State Intervention in Britain and France*, New York, 1986; *James March e Johan P. Olsen*, *The New Institutionalism: Organisational Factors in Political Life: American Political Science Review* 78 (1984), 734; *W. Richard Scott*, *Institutions and Organisations*, Thousand Oaks, 2001, 21.

⁶⁸ *Fischer-Lescano und Teubner* (n. 8), 1023 s

concorrente – in questo caso i principi del sistema sanitario – dev'essere introdotta nel contesto della logica giuridico-economica come una sua limitazione interna.

E' però possibile che ciò non basti a salvaguardare del tutto le pretese implicite in una dimensione genuina dei diritti umani. In altre parole, se la possibilità di "accesso alle cure" non risultasse sufficientemente tutelata dalle misure più recenti, o dai contratti previsti dalla WIPO, il diritto transnazionale dei brevetti dovrebbe trovare un suo nuovo equilibrio – per quanto attiene ai prodotti farmaceutici – sia con la concessione a buon mercato del diritto di licenza attraverso procedure scorperate e trasparenti, sia con un sistema di licenze e di brevetti differenziato in base alla forza economica, sia infine attraverso la "cura radicale" dell'escludere completamente, per un certo periodo, determinate medicine dalla tutela del diritto transnazionale dei brevetti.⁶⁹

Da queste nostre ipotesi – su come si potrebbe affrontare sul piano legale la tragedia dell'AIDS – risulta chiaro come sia inadeguato l'ottimismo di chi crede di risolvere il problema dei "diritti dell'uomo" con gli strumenti della dogmatica giuridica. Già i diritti fondamentali di tipo istituzionale fanno cozzare il diritto contro le frontiere che lo separano dagli altri sottosistemi sociali. Può un discorso rendere giustizia a un altro discorso? I dilemmi di questo problema erano già stati analizzati da Lyotard.⁷⁰ Ma si trattava pur sempre di un problema "interno alla società", un problema cui Luhmann intese rispondere con la sua idea di giustizia come complessità socialmente adeguata.⁷¹ Ancora più drammatica è la situazione dei diritti dell'uomo, in quanto essi si collocano al confine tra comunicazione, da un lato, e "corpo-anima", dall'altro lato. Tutti i disperati tentativi di dare giuridificazione sistematica ai diritti dell'uomo non possono infine mascherare il fatto che si tratta di un progetto letteralmente impossibile. Come potrà mai la società rendere giustizia agli uomini, dal momento che questi uomini non fanno parte di essa, ma stanno sempre al di fuori della comunicazione? Vale a dire, dal momento che la società non può mai comunicare "con" loro, ma tutt'al più "su" di loro, anzi, che essa non potrà nemmeno mai raggiungerli, bensì soltanto irritarli ovvero annientarli? Di fronte a pratiche sociali disumane, la giustizia dei diritti dell'uomo resta certo un problema scottante, epperò, appunto, un problema che non ha nessuna speranza di soluzione. E' bene che lo si dica con tutta chiarezza.

Se ci è definitivamente precluso di produrre positivamente giustizia nel rapporto esistente tra "comunicazione" e "uomo", e se, d'altro canto, vogliamo evitare di adagiarsi nel quietismo dei poststrutturalisti, allora dovremo accontentarci di fare ricorso a una sorta di "second best". Nella comunicazione giuridica ci si dovrà accontentare – sperimentando il problema sistema-ambiente – degli insufficienti sensori rappresentati da irritazione, ricostruzione e "re-entry". Da parte del diritto, la profondità dei conflitti umano-comunicativi può essere, tutt'al più, vagamente intuita. E, come unica indicazione possibile, ci dovremo accontentare di quel "divieto giuridico" attraverso cui sembra possibile produrre una auto-limitazione della comunicazione.⁷² Ma anche questo divieto descriverà la trascendenza dell'altro solo in termini metaforici. Dunque ogni programma di giustizia è condannato al fallimento, e – nel rifiutarci la consolazione à la Derrida di una giustizia "a-venire" – dovremo prendere atto del suo essere impossibile in linea di principio.⁷³ La giustizia postulata dai diritti dell'uomo può allora essere formulata, tutt'al più, per via negativa. Essa mira alla eliminazione delle ingiustizie, non alla perfezione di un mondo giusto. Essa è un principio semplicemente antitetico (*Gegenprinzip*) alla violazione comunicativa di corpo e anima, dunque protesta contro le disumanità della comunicazione, senza che mai si possano positivamente elencare le condizioni per una comunicazione che renda finalmente giustizia all'uomo.

Qui non possono soccorrerci nemmeno i programmi emancipativi della modernità. Nessun ragguaglio ci viene offerto dai criteri della partecipazione democratica ai processi sociali da parte degli individui, giacché sono soltanto le persone quelle che partecipano, non i "corpi-coscienza". In questa prospettiva, diventa semplicemente stupefacente la ingenuità di ogni "romanticismo della partecipazione". Le procedure democratiche non rappresentano affatto un "indicatore" con cui misurare la giustizia di una società nei confronti degli uomini. E altrettanto poco "informative" risultano essere quelle teorie universalizzanti che procedono – in maniera trascendentale – a definire la generalizzabilità (cioè le proprietà apriori)

⁶⁹ *Carlos Correa und Sisule Musungu*, The WIPO Patent Agenda: The Risk for Developing Countries, <http://www.southcentre.org/publications/wipopatent/toc.htm>: South Center Working Papers 12/2002; *Laurence Helfer*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking: *Yale Journal of International Law* 29 (2004), 1; *Peter-Tobias Stoll*, Biotechnologische Innovationen: Konflikte und rechtliche Ordnung, in: Adrienne Héritier, et al. (Ed.), *European and International Regulation after the Nation State*, 261-277.

⁷⁰ *Jean-François Lyotard*, *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit, 1983.

⁷¹ *Niklas Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974; *idem* (1981) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, 374; *idem* (n. 39), 214.

⁷² *Rudolf Wiethölter*, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Ed.), *Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, 2003, 1 (20).

⁷³ *Jacques Derrida*, *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*: *Cardozo Law Review* 11 (1990), 919 (969).

dell'espressione dei bisogni.⁷⁴ Che cosa hanno a che vedere queste astrazioni filosofiche con i singoli individui concreti? La stessa obiezione possiamo rivolgere, "mutatis mutandis", alle teorie economiche che studiano il formarsi delle preferenze a partire dalle aggregazioni degli individui operate dal mercato.

Solo le autoosservazioni dei "corpi-coscienza" – dunque introspezione, sofferenza mentale e dolore fisico – possono stabilire quando la comunicazione ferisca i diritti dell'uomo. Solo se tali autoosservazioni riescono a penetrare (benché in forme sempre travisate) all'interno della comunicazione, può sussistere una chance di arginare tale comunicazione a partire dai diritti dell'uomo. Decisivo allora diventa il "momento", ossia la coincidenza (la simultaneità) di coscienza e comunicazione: il grido che esprime il dolore. Di qui si spiega, per un verso, la vicinanza della giustizia alle forme spontanee di indignazione, disordine e protesta, e, per l'altro verso, la sua lontananza dai discorsi filosofici, politici e giuridici.

(traduzione dal tedesco di Leonardo Ceppa)

⁷⁴ Menke (n. 36), 203.