

Fabrizio Sciacca\*

### **Rappresentare/avere diritti**

1. La certezza del diritto è strettamente connessa al sistema dei valori sociali? La filosofia pratica contemporanea, quando a questa stringente domanda tenta di dare una risposta positiva, sente come irrinunciabile il paradigma illuministico-razionalistico di una teoria dei diritti fondamentali.

Robert Alexy al proposito sottolinea che «i grandi temi della filosofia pratica e i centrali punti controversi, delle lotte politiche di ieri e di oggi formulano le domande “quali diritti ha l’individuo come uomo e come cittadino di una comunità”, “a quali principi la legislazione statale è legata” e “cosa è necessario per realizzare la dignità umana, la libertà e l’uguaglianza”»<sup>1</sup>. Queste domande condividono un’assunzione di principio: la posizione dei diritti fondamentali a livello costituzionale non concede a nessuna maggioranza di governo di negare i diritti della minoranza, perché nel modello moderno di stato di diritto la minoranza ha una garanzia pre-politica dei diritti fondamentali dell’individuo, in quanto costituzionalmente garantiti.

Se la crisi del sistema dei valori sociali determina uno sfaldamento del concetto di legittimità, il problema della crisi dello stato di diritto è anche il riflesso del fatto che le maggioranze tendono sempre di più ad affermare il loro potere intorno a tutte le questioni pertinenti all’intero mondo di vita: con la conseguente presa di posizione su interessi di minoranze qualificate da particolari forme di vita. Si pensi, ad esempio, ai problemi di tutela dell’ambiente. Gran parte della filosofia dell’ecologia contemporanea ritiene che il concetto di ambiente sia imprescindibile da quello di individuo. La tutela di un ecosistema è anche la tutela dell’individuo *tout court*, perché la sua connotazione politica, giuridica, sociale è subordinata alla sua

---

\* Professore ordinario di Filosofia politica, Università degli studi di Catania.

<sup>1</sup> R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* [1985], Suhrkamp, Frankfurt/M. 1994<sup>2</sup>, p. 15.

appartenenza al mondo di vita, che è il vero diritto fondamentale da tutelare.

I filosofi moderni — contrattualisti, illuministi, empiristi — non hanno del resto mai negato l'idea che scrivere una mappa dei diritti fondamentali significhi percorrere la via garantistica della libertà individuale. A questo proposito, Luigi Ferrajoli ha sottolineato che «l'aria che si respira non è mai stato un bene giuridico», perché non è mai stato un bene sottoposto a minaccia. Ma lo diventa *oggi*: prendendo atto della nuova morfologia dei beni giuridici, la filosofia politica contemporanea concepisce l'impresa di una riscrittura dei diritti fondamentali: «la tutela di questi diritti è titolo di legittimazione di ogni ordinamento politico»<sup>2</sup>.

Sembra pertanto che un atteggiamento inibitorio o indifferente, nei confronti di tale problema, da parte di una maggioranza determini una violazione di un diritto fondamentale: venendo meno il principio della coniugazione tra il concetto di rappresentanza e quello di legittimazione.

Il problema è anche quello di prendere atto della *trasformazione*, nella società contemporanea, del concetto di sistema rappresentativo: perché il suo referente originario, l'interesse-a-rappresentare, appare spostarsi sempre di più verso una e generalizzante ricerca del consenso, allontanandosi dall'idea di interesse particolare (rappresentanza di classe). Nel concetto di sistema rappresentativo rientra imprescindibile la domanda di *sensu* del mondo di vita, con la conseguente implicazione d'una rappresentazione del *consenso*. Questo nuovo assetto del sistema rappresentativo si pone in linea con il paradigma individualistico-borghese dello stato di diritto classico. Luigi Ferrajoli e Danilo Zolo ne hanno scorto due aspetti: a) il carattere oligopolistico, determinato dalla formalizzazione della procedura democratica entro un modello di mercato; b) l'abbassamento del livello di *fondabilità* della democrazia, apparendo sufficiente che la democrazia si fondi non già sul *potere*, ma sul *consenso* al potere.

Tale abbassamento produce uno spostamento della figura del soggetto-elettore, dalla titolarità di un potere di delegazione all'acquiescenza di una sostanziale adesione passiva, con il conseguente spostamento dell'oggetto della rappresentanza, dalla

---

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *Sistemi elettorali, formazione della maggioranza e garanzie delle minoranze*, in *Rappresentanza, legittimazione, minoranze. L'esperienza storica tedesca in un contesto comparativo*, a cura di A. Giolitti, Angeli, Milano 1987, pp. 135-44, sp. p. 144.

volontà (o dall'interesse, appunto) alla rappresentazione del consenso. Questo transfert semantico ricorre anche a livello linguistico: dalla rappresentanza alla *rappresentazione* di un «prodotto politico»<sup>3</sup>. In tal senso, Bernd Guggenberger e Claus Offe notano che nella questione dei sistemi rappresentativi, un problema (filosofico) ineludibile è proprio il rapporto tra volontà e *unità* del corpo politico<sup>4</sup>. La misura di questo rapporto, nonché le sue possibilità funzionali, appaiono essere tanto dipendenti da una complessità di «strumenti di unificazione», quanto indipendenti da una determinata forma di Stato. Così, l'agire politico orientato al successo non può eludere questo profilo: «indipendentemente dal tipo di Stato e dalle particolari circostanze storico-politiche, ogni uomo politico, sia che si tratti di un dittatore, di un democratico, o di un rivoluzionario a vita, deve trovare [...] una risposta che gli garantisca successo, affinché dalla molteplicità delle singole volontà si arrivi a creare una associazione di volontà in grado di prendere decisioni impegnative»<sup>5</sup>. Nei sistemi giuridici di società tecnologicamente avanzate, un punto fondamentale sembra quindi quello di iscrivere la questione della «conciliazione politica fra differenza e unità» in una procedura decisionale di tipo maggioritario.

2. È evidente come il problema del rapporto tra legittimità e rappresentanza non ammetta una sola soluzione possibile. Da una parte, è sostenibile che un sistema maggioritario non possa fondarsi (*solo*) sull'*auctoritas*, e sulla paura che essa incute; a un'eredità di tipo «hobbesiano», d'altra parte, si antepone in questa prospettiva un'eredità per così dire di tipo «lockiano-hegeliana», almeno nel tentativo di costituzione del *sensu* di una regola maggioritaria quale fonte della legittimità delle decisioni di un corpo politico unito. Esaminerò queste due posizioni, facendo rispettivamente riferimento a due autori in cui la recezione di tali modelli mi sembra significativa: Carl Schmitt e Jürgen Habermas. All'orizzonte di questa disamina sta il rapporto tra legittimità e rappresentanza, e dunque la domanda sul perché le decisioni rappresentative hanno bisogno di essere legittimate.

---

<sup>3</sup> L. FERRAJOLI-D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano 1978, pp. 31-35.

<sup>4</sup> B. GUGGENBERGER-C. OFFE, *La legittimazione della maggioranza di fronte a minoranze. Gruppi di pressione e movimenti sociali*, trad. di G. Bonacchi, M. Caracciolo e M. Torre, in *Rappresentanza, legittimazione, minoranze. L'esperienza storica tedesca in un contesto comparativo*, cit., p. 145.

<sup>5</sup> *Ibid.*

Carl Schmitt considera il disegno hobbesiano del sovrano assoluto, raffigurandolo come il rappresentante del paese: «In primo piano sta la famigerata immagine mitica del *Leviatano*. Accanto a questa, egli si serve di una costruzione giuridica contrattuale [*Vertragskonstruktion*] per spiegare la *persona* sovrana che viene ad esistenza grazie alla rappresentanza. Inoltre Hobbes — e questo mi sembra il nocciolo del suo pensiero politico — trasferisce la concezione cartesiana dell'uomo come *meccanismo animato* a quel “grande uomo” che è lo Stato, di cui fa una macchina animata quella *persona* sovrano-rappresentativa [*souverän-repräsentative Person*]»<sup>6</sup>. Il problema della rappresentanza in Schmitt si risolve nella rappresentazione di una unità politica di un popolo esistente in riferimento all'essere naturale di una forma di vita di gruppo. Rappresentanza in Schmitt significa concretamente: rappresentazione dell'idea di una *unità* nazionale attraverso la personificazione di un determinato organo statale, cioè di un organo di governo in senso stretto. Nella *Verfassungslehre*, Schmitt scrive che solo chi *governa* rappresenta: è parte del gioco, perché *ha* parte nel gioco<sup>7</sup>. «Il Governo si distingue dall'amministrazione e dalla cura degli affari [*Beschäftsbesorgung*], perché rappresenta e concretizza il principio spirituale dell'esistenza politica»<sup>8</sup>. La rappresentanza appartiene così alla sfera del politico (*Sphäre des Politischen*): è perciò nella sua essenza qualcosa di esistenziale (*etwas Existenzielles*); e non è suscumbibile dalle norme generali<sup>9</sup>.

*Legittimità e rappresentanza* sono per Schmitt «due concetti completamente diversi [*zwei völlig verschiedene Begriffe*]»<sup>10</sup>, perché la legittimità di per sé non è in grado di fondare né l'autorità, né la

---

<sup>6</sup> C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* [1936], trad. di C. Galli, in *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 45-59, sp. p. 50. Ho tenuto presente anche il testo tedesco: *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, in C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, hg. von Günther Maschke, Duncker & Humblot, Berlin 1995, pp. 139-51, sp. p. 141.

<sup>7</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, § 16, III, p. 277. Ho tenuto presente il testo tedesco: *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1989<sup>7</sup>, p. 211: «Nur wer *regiert*, hat teil an der Repräsentation».

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 280 [p. 212].

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 277 [p. 211].

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 279 [p. 212]. Sul punto, G. MEUTER, *Euthanasie der Legitimität. Zum Zusammenhang von Verfassung, Legalität und Revolution bei Carl Schmitt*, in «Rechtstheorie» 28 (1997), pp. 21-59, e C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 575-633.

potestà o la rappresentanza: la lotta per la rappresentanza è nient'altro che lotta per la rappresentanza, e dunque lotta per il potere politico<sup>11</sup>. Due sono i principi della forma politica di uno stato di diritto (*Bürgerlicher Rechtsstaat*): identità (*Identität*) e rappresentanza (*Repräsentation*)<sup>12</sup>. Il parlamento dello «Stato di diritto borghese» è il luogo politico per definizione. In esso si realizza «una pubblica discussione delle opinioni politiche». Al di fuori, nulla si realizza: «il popolo stesso non può discutere», può solamente «acclamare, scegliere, e dire sì o no alle questioni che gli sono poste»<sup>13</sup>.

Schmitt si colloca in una posizione equidistante tanto dalla teoria plebiscitaria quanto dalla teoria classica della rappresentanza. Al proposito, Habermas osserva che «ricostruendo in maniera idealtipica il parlamentarismo borghese, Carl Schmitt integrò in maniera peculiare queste due concezioni. Egli assunse la forza plebiscitaria di un'omogenea volontà popolare come la matrice da cui promana in parlamento una discorsiva formazione dell'opinione e della volontà»<sup>14</sup>. Schmitt incardina così il problema della rappresentanza nel motivo del parlamentarismo.

Habermas ravvisa giustamente nella determinazione schmittiana una posizione aporetica, perché se da un lato il parlamento è il luogo della formazione dell'opinione e della volontà, dall'altro tale attività non si chiude in esso; piuttosto, la stessa logica discorsiva implica una pluralità di livelli comunicativi corrispondenti alla diversità dei livelli della «sfera pubblica politica»<sup>15</sup>. Partendo dall'ambiguità del presupposto schmittiano della *politische Einheit des Volkes*<sup>16</sup>, Habermas propone un modello comunicativo che non sembra dipendere né dalla

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 280 [p. 210: «Kampf um die Repräsentation ist immer ein Kampf um die politische Macht»].

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 270 [p. 204].

<sup>13</sup> *Ivi*, pp. 414-15 [p. 315]. Ho reso lo spaziato con il corsivo. E ancora, *ibid.* [*ibid.*]: «Nemmeno l'esecutivo deve discutere; esso deve agire, attuare le leggi e adottare i provvedimenti che sono richiesti dalle circostanze; non può porre una norma generale, dominata dall'idea di giustizia, razionale, nessuna legge nel senso dello Stato di diritto. A metà fra il popolo, cioè i metodi della democrazia diretta, e il governo, cioè un potere statale che poggia sull'esercito e la burocrazia, la superiorità [*Überlegenheit*] del parlamento borghese si basa sul fatto che esso è il luogo di una discussione razionale [*daß es er Platz einer vernünftigen Diskussion ist*]».

<sup>14</sup> HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], trad. di L. Ceppa, Guerrini e Associati, Milano 1996, p. 219.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 220.

<sup>16</sup> SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 271 [p. 205].

coesione omologante di un «popolo», né dalla supposta «identità» della volontà popolare, e nemmeno dall'identità «di una ragione cui compete soltanto la capacità di *rintracciare* a posteriori un sottostante interesse generale»<sup>17</sup>.

3. Il modello discorsivo di Habermas delinea così una teoria *trasversale* della rappresentanza, che insiste sulla capacità dei cittadini di collegare, attraverso un'attitudine discorsiva — un *kommunikatives Interesse*<sup>18</sup> — la loro «sovranità comunicativamente fluidificata» con il «potere dei discorsi pubblici che per un verso scaturiscono dalle sfere pubbliche autonome, ma per l'altro prendono forma concreta nelle deliberazioni di corpi legislativi che *procedono democraticamente* e hanno responsabilità politica»<sup>19</sup>. Nei confronti di una teoria politica della rappresentanza, la teoria habermasiana tende a mostrarsi come una teoria del *sense* della circolazione del potere nel gioco discorsivo dell'interazione tra i cittadini: che in quanto soggetti politicamente autonomi, possono *pensarsi* come *autori* «di quel diritto cui come soggetti privati si assoggettano»<sup>20</sup>.

Se si accetta l'idea che nella società contemporanea diritto e politica non appaiono più iscrivibili — né dunque più comprensibili — nei paradigmi classici della storia del pensiero giuridico moderno, quello individualistico-garantista borghese e quello del diritto «materializzato dello stato sociale»<sup>21</sup>, è configurabile la possibilità di una concezione discorsiva del diritto: e soprattutto, verso la sua pretesa di contenere e superare *all'interno* la fissità monologica di alcuni paradigmi della modernità. Ma è evidente che anche il modello habermasiano di teoria del discorso non è immune da critiche, spesso fondate. È opportuno, e sufficiente, circoscrivere qui l'ambito critico al problema del principio del discorso e alla possibilità partecipativa al discorso *razionale* in Habermas. Il principio del discorso razionale è stato oggetto di critiche interne alla teoria del discorso (da parte cioè di teorie che non negando l'intero impianto della teoria del discorso, ma piuttosto parte dei punti habermasiani, ne condividono le posizioni generali). Tra le critiche più recenti e interessanti, in questo senso, spiccano quelle provenienti dalle scuole scandinave

---

<sup>17</sup> HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 220.

<sup>18</sup> L'espressione ricorre in O. HÖFFE, *Strategien der Humanität. Zur Ethik öffentlicher Entscheidungsprozesse*, Alber, Freiburg-München 1975, pp. 230-35.

<sup>19</sup> HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 221.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 224.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 232.

di filosofia pratica. Ne ricordo brevemente e conclusivamente una.

Gunnar Skirbekk esamina il problema del principio del discorso di Habermas alla luce della prospettiva del partecipante<sup>22</sup>. E riferendosi alla posizione di Habermas, secondo cui sono valide solo le norme d'azione che possono essere accettate da tutti i possibili partecipanti *interessati* al discorso razionale, si chiede: *chi* effettivamente viene da Habermas considerato un potenziale soggetto interessato, *betroffen*, al discorso razionale? In effetti, non tutti i soggetti sono possibili partecipanti al discorso razionale habermasiano. Il principio del discorso, mirando all'autodeterminazione democratica dei soggetti, individua nel partecipante interessato una categoria ben precisa: le persone *autonome*, intese come attori partecipanti. Restano escluse alcune categorie di soggetti che non possono effettivamente partecipare al discorso (ad esempio: i feti umani; i cerebrolesi; gli esseri senzienti non-umani), ma che cionondimeno, sembrano avere ogni diritto ad essere *interessati* a un discorso in cui si prendono delle decisioni importanti che li riguardano direttamente. Gli interventi di bio-tecnologia o i problemi eco-etici che si deliberano oggi, hanno come *diretti* interessati i soggetti delle generazioni future, ossia i potenziali futuri partecipanti al discorso. Le questioni normative relative a esseri senzienti non umani (per esempio, i problemi del rapporto tra progresso scientifico e sperimentazione animale), pongono almeno la questione dell'esistenza di un diritto di altri esseri viventi, ancorché non umani, a essere rispettati, e così via. In nessuno di questi casi si vede come questi soggetti, ancorché non concepiti come partecipanti, possano essere considerati non interessati alle decisioni del discorso razionale, perché destinatari degli effetti positivi e/o negativi del discorso stesso.

A questo livello, Skirbekk nota anche come la distinzione tra cornice e contenuto — tra criterio di validità normativa e consenso razionale (in Habermas, il consenso di tutti i partecipanti esprime una condivisione di fondo della ragione *decisiva* per accettare una norma *N*) è destinato inevitabilmente ad appannarsi, «perché l'intesa discorsiva qui-e-ora co-determina l'esistenza e l'identità di potenziali future persone»<sup>23</sup>: e anche le condizioni del futuro mondo di vita, nonché i possibili interventi sulle identità genetiche dei futuri esseri viventi.

40

---

<sup>22</sup> G. SKIRBEKK, *The Discourse Principle and Those Affected*, in «Inquiry» 40 (1997), pp. 63-71.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 66.

Occorre dunque rendere conto dell'implicazione effettiva nel discorso di questi soggetti non-partecipanti, e dare loro un'identità: non essendo capaci di agire moralmente o immoralmente, non sono *agenti morali*; e non essendo abilitati a prendere parte a un discorso morale, non sono (o non sono ancora, o non saranno mai) *discorrenti morali*. Non sono agenti morali il feto, o gli esseri senzienti non umani. Non sono discorrenti morali il minore d'età, o il cerebroleso.

Skirbekk definisce tale categoria di individui *soggetti morali*.

Questa definizione non è immune da problemi. Includere in tale categoria anche gli esseri senzienti non umani, considerando cioè soggetti morali anche gli animali, potrebbe essere discutibile sul piano della correttezza di principio; tale inclusione appare meno discutibile, tuttavia, alla luce della già vista implicazione pratica, sul piano dell'opportunità e della ragionevolezza.

Un altro problema che sorge a questo livello è il seguente: dal fatto che gli animali hanno diritti (anche giuridici), vuole Skirbekk dire che esiste anche per gli animali una soggettività giuridica? Seguendo la sua argomentazione, si deve rispondere di sì. Anche questo punto sarebbe forse discutibile sul piano della correttezza di principio. Resta il fatto però che si tratta di questioni di difficile tipizzazione, appartenenti per forza di cose al regno dell'indefinito giuridico: ma anche qui i criteri dell'opportunità e della ragionevolezza sembrano appropriati e prevalenti, se non altro per fare posto a istanze di utilitarismo sociale in luogo di criteri di stretta moralità e razionalità, spesso forti teoreticamente, ma a volte poco idonei a rispondere ai problemi pratici del mondo di vita.

E ancora: come intervenire a favore di questa categoria di soggetti morali non partecipanti? Non sembra infatti possibile presentare a questi un resoconto di ciò che concretamente avviene nel discorso razionale, per quei motivi che comunque impediscono loro di apprendere quanto viene nel discorso deciso. Si tratta allora di intervenire *nel discorso*, e a specifica protezione di questa categoria di soggetti. Skirbekk propone una forma di *rappresentanza*: una specie di *advokatorische Vertretung*, sul modello della rappresentanza legale comunemente usato per i minori, che garantisca lo status morale dei soggetti non partecipanti. Si tratta certo di un'operazione assai delicata e difficile, perché in tal modo s'investe la figura del rappresentante d'un compito non solo pratico ma anche etico, dato che a questi si affida un momento di grande responsabilità in ordine al problema dei valori da tutelare



nell'ambito della cornice dei diritti sociali (*Teilhaberechte*): assieme ai diritti liberali (*Freiheitsrechte*) e ai diritti di partecipazione (*Teilnahmerechte*), diritti comunque.