

Giuseppe Auletta

Inclusione, ritrazione o relazione? Note sui rapporti interordinamentali a partire dal concetto di confine

Inclusion, retraction or relationship? Notes on the relation among legal systems taking the cue from the concept of boundary

Abstract: This work takes the cue from the concept of border in the Modern Age and its contemporary crisis, to discuss Habermas' proposal of a world domestic policy (*Weltinnenpolitik*). The analysis is conducted through constant references to the alternative model constituted by Lindahl's works. Finally this paper does some critics to the strategy of holding-back-to-hold-out proposed by Lindahl like the only way to fix a correct relation between two legal systems divided by a "fault line".

Keywords: crisis, border, legal systems, fault lines, world domestic policy, Habermas, Lindahl.

1. Introduzione

Uno degli elementi di maggior rilievo nella determinazione dei caratteri dello Stato moderno è il concetto di confine. Per persuadersi di tale rilevanza si può prendere come esempio la *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek¹, e ciò, non solo per l'indiscutibile notorietà e influenza di tale opera, ma per la sua pubblicazione alla cesura cronologica tra Ottocento e Novecento, nel momento di massimo splendore dello Stato moderno europeo e del suo diritto pubblico².

1 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, von O. Häring, Berlin 1900; trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Dott. A. Giuffrè, Milano 1947.

2 In tema vale la pena di riportare un breve estratto dell'*Introduzione* che Vittorio Emanuele Orlando, ormai più che ottantenne, pose a corredo dell'edizione italiana dell'opera: "Era apparsa, quest'opera, con una coincidenza cronologica quasi fatidica, proprio nell'anno 1900, tra la fine e il principio dei due secoli che, specie nei rapporti con l'idea di Stato, sembra quasi che segnino il passaggio da un'era ad un'altra. Aveva avuto il secolo XIX, indubbiamente, una straordinaria vocazione pel diritto: per quanto poi più specialmente riguarda il diritto pubblico, si può dire che abbia avuto, quel secolo, un'efficienza creativa. Proprio negli ultimi decenni di esso, opere sulla dottrina generale dello Stato o trattati di diritto pubblico generale [...] si erano moltiplicati in Germania, si da poter dire che i maggiori giuristi tedeschi considerassero quasi come una integrazione del loro contributo scientifico l'affrontare una trattazione di tal genere. Appena apparsa, l'opera di Jellinek, fu qualificata, nella Germania, come 'l'ultima parola della scienza tedesca'; così prevalente apparve l'autorità del maestro di Heidelberg. Questa autorità, poi, col decorso del tempo, si è non solo mantenuta, ma anzi accresciuta, ed in certo senso, oggi, direi,

Leggiamo direttamente le parole del giuspubblicista di Heidelberg.

[...] lo Stato, invece, per la sua esistenza ha bisogno di una estensione nello spazio. Solo questa estensione spaziale della sua signoria e l'esclusivismo che con essa si collega gli garantiscono la possibilità del completo adempimento del proprio scopo. Inoltre, più Stati tra loro indipendenti, sul medesimo suolo, starebbero in guerra continua, non solo a causa del permanente contrasto degli interessi, ma anche per il fatto che si presenterebbero incessanti conflitti di competenza che nessun giudice potrebbe dirimere. Perciò veramente possono sul medesimo territorio esistere corporazioni innumerevoli, però solo un unico Stato. Su questa proprietà del territorio come momento del soggetto dello Stato si fonda la *impenetrabilità* (*corsivo nell'originale N.d.A.*) dello Stato.³

Perciò, nell'esercizio di questo indirizzo della supremazia territoriale non trattasi mai di diritti di divieto analoghi a quelli di un proprietario, ma bensì di pretese derivanti immediatamente dalla personalità. E l'esistenza dello Stato stesso, e non già il possesso di una cosa ad esso appartenente, che genera la pretesa al rispetto del territorio. Una violazione di territorio, adunque, non è una semplice turbativa di possesso dal punto di vista del diritto internazionale, bensì una violazione della personalità stessa dello Stato, che viene aggredita.⁴

Si noti qui il rilievo attribuito da Jellinek, pur senza menzionarlo, al concetto di confine. Il confine, infatti, separando lo Stato dallo spazio esterno, gli consente il "completo adempimento del proprio scopo"; scopo che, qualora due Stati non fossero separati da una frontiera, sarebbe impossibile da perseguire, stante la situazione di guerra continua che, secondo Jellinek, ne deriverebbe.

Ma non è tutto. Invero, vale la pena di rilevare che la fiducia di Jellinek – e della sua epoca – nei confini, e nella capacità dello Stato di imporle, per così dire *erga omnes*, il rispetto è tale da spingerlo ad attribuire al territorio statale il carattere dell'impenetrabilità e da indurlo a sostenere che il territorio sia, non un semplice possesso dell'ente statale, ma piuttosto una parte integrante dello Stato, la cui lesione sarebbe una turbativa della personalità statale, e dunque somiglierebbe a una ferita o a una mutilazione, e non a una semplice turbativa del possesso.

D'altronde, l'esclusività territoriale garantita dal confine è anche alla base degli altri elementi dello Stato, ossia del popolo e della signoria⁵, giacché è il territorio, secondo l'autore, a fornire la base spaziale per l'esercizio del potere dello Stato sugli uomini che vi soggiornano – siano essi cittadini o stranieri – così come per il potere dello Stato sui suoi cittadini residenti all'estero. Infatti anche la *potestas*

riconsacrata." (V.E. Orlando, *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale* in G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Dott. A. Giuffrè, Milano 1947, p. III).

3 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 12-13.

4 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 14.

5 G. Jellinek designa il terzo elemento dello Stato col nome di signoria o potere dello Stato (*Staatsgewalt*), ch'egli distingue dalla sovranità (*Souveränität*) come concetto politico. Inoltre egli sostiene risolutamente l'esistenza, accanto agli Stati sovrani, di Stati non sovrani (G. Jellinek, *op. cit.*, pp. 37-81).

sui residenti all'estero si fonda sulla minaccia di sanzioni da applicarsi sempre e comunque sul territorio statale⁶.

Peraltro, la stessa identificazione concettuale tra confine politico e frontiera statale, o quantomeno la rappresentazione della frontiera statale come prototipo del confine politico, è una conseguenza evidente del successo dello Stato moderno. Infatti lo Stato, nel corso della modernità, da una parte, riesce a strutturare il suo territorio come sfera privilegiata, se non esclusiva, dei rapporti economici, sociali e politici tra gli individui, e dall'altra, nel contesto internazionale, risulta in grado di soppiantare progressivamente ogni altra forma di organizzazione politica precedente (dal *commune* all'Impero). L'Europa prima, e il mondo poi, si trasformano, quindi, in uno spazio coperto da una successione di Stati, capaci di instaurare tra loro un diritto internazionale retto dal reciproco riconoscimento tra persone giuridiche formalmente uguali. Nella sfera del diritto internazionale, espressione giuridica del mondo degli Stati, il confine politico non può che identificarsi nella frontiera statale, definita pattiziamente dagli Stati stessi. Una delle funzioni principali della frontiera, in questo tipo di ordine, non è tanto quella di impedire gli attraversamenti, ma di regolarli⁷, in modo tale da assicurarsi del fatto che tali passaggi non avvengano secondo modalità tali da ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal sovrano, tanto in termini di ordine pubblico, quanto di governo dell'economia, di controllo socio-demografico della popolazione etc.

Naturalmente una simile configurazione del confine non ha potuto attraversare indenne la crisi, ormai conclamata, dello Stato moderno e del suo modello di governo e riduzione della complessità, che ha indotto taluno a parlare di un "mondo postvestfaliano"⁸

Su tale crisi la letteratura è vastissima, tanto che la sola pretesa di elencare anche solo i contributi principali esula dalle possibilità di questo lavoro⁹. Ci si limiterà, pertanto, a riportare, a puro titolo di *pro memoria*, alcune considerazioni di Anthony Giddens.

[...] Il tramonto del keynesismo in Occidente e il crollo del comunismo sovietico sono stati determinati più o meno dalle stesse tendenze: una globalizzazione accelerata, l'ascesa di un ordine informatico mondiale, la contrazione dell'industria (e il suo trasferimento nei paesi meno sviluppati), il tutto abbinato all'affermarsi di nuove forme di

6 Cfr. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 14.

7 D. Canale, *Muri di confine. Trasformazioni dei confini pubblici nell'età della globalizzazione*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, n. 2, 2009, p. 392.

8 W. Brown, *Walled States Waning, Waning Sovereignty*, Zone Books, New York 2010; trad. it *Stati murati, sovranità in declino*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 9.

9 A mero titolo di esempio, si richiamano A. Andronico, *Governance*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della Filosofia del Diritto. Idee strutture mutamenti*, G. Giappichelli, Torino 2016, pp. 316-323; U. Beck, *Was ist Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997; trad. it. *Che cos'è la globalizzazione*, Carocci, Roma 1999; M. R. Ferrarese, *Le Istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2002; B. Montanari, *Corso di Filosofia del Diritto*, Scriptaweb, Napoli 2009, p. 161 e ss.; A. Lo Giudice, *Istituire il postnazionale*, G. Giappichelli, Torino pp. 26-33; D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari 2004.

individualismo e potere dei consumatori. Non sono cambiamenti passeggeri; il loro impatto continua a crescere a ritmo sostenuto.¹⁰

Orbene, in un contesto come quello descritto da Giddens, appare evidente come le possibilità di controllo degli scambi, materiali e immateriali, da parte degli Stati per il tramite dei confini appaiano sempre più limitate. Basti pensare, in proposito, non solo alle crescenti possibilità di movimento di merci e persone determinata dall'avanzamento delle tecnologie dei trasporti, ma anche all'espansione continua degli scambi immateriali resa possibile dallo sviluppo dell'informatica e delle reti telematiche transnazionali. Naturalmente merci e persone possono essere, almeno in parte, bloccate e le reti telematiche interrotte o controllate; ma un controllo sistematico e su larga scala, potrebbe probabilmente essere condotto solo al prezzo di costi economici e politici insostenibili, almeno per la maggior parte degli Stati del mondo. La realtà della globalizzazione, dunque, ha da tempo consegnato alla storia la fiducia di Jellinek, e del suo tempo, nell'impenetrabilità delle frontiere statali a qualsiasi potere non liberamente autorizzato dallo Stato stesso.

I mutamenti tecnologici ed economici verificatisi negli ultimi decenni, quindi, hanno reso frequente la tendenza a preconizzare la scomparsa dei confini e il loro superamento a vantaggio di un diritto e di una politica globali, ossia deterritorializzati¹¹, o – il che forse è lo stesso – onni-territoriali. Tra gli esponenti più rappresentativi della linea di pensiero tesa al progressivo superamento dei confini si colloca Habermas, con la sua nota teoria – che sembra porsi a metà strada tra una previsione e un auspicio – secondo la quale l'umanità sarebbe ormai incamminata verso la nascita di una politica interna mondiale (*Weltinnenpolitik*). Per quanto, infatti, il filosofo renano attribuisca la paternità del termine *Weltinnenpolitik*, e forse anche del concetto, al fisico Carl Friedrich von Weizsäcker¹² è a lui stesso che va riconosciuto, perlomeno, il merito di avervi più volte riflettuto, contribuendo non poco all'approfondimento e alla notorietà della proposta.

2. Habermas e la *Weltinnenpolitik*

La concezione habermasiana di una politica interna mondiale non è comprensibile se non a partire da una vasta analisi, da una parte, della trasformazione dello Stato da una costruzione puramente politica, che potremmo chiamare Stato del principe, allo Stato-nazione liberal-democratico e, dall'altra, della crisi di effetti-

10 A. Giddens, *Europe in the Global Age*, Polity, Cambridge 2007; trad. it. *L'Europa nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 6.

11 D. Canale, *op. cit.*, pp. 378-379.

12 J. Habermas, *Der europäische Nationalstaat. Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft* in *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1996; trad. it. *Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 2008, p. 139.

vità dello Stato stesso derivante dalla globalizzazione. Tale doppia analisi andrà, quindi, sia pur brevemente, richiamata.

Come noto, lo Stato nasce come organizzazione politico-militare-burocratica capace di riunire gli individui nella comune sudditanza a un unico principe. Il popolo è, quindi, all'origine e niente di più che l'insieme degli individui sottomessi a un sovrano, ossia popolo di Stato (*Staatsvolk*) e sulle giustificazioni di una tale sottomissione la filosofia del Seicento, da Filmer a Locke, passando per Hobbes, si è lungamente affaticata. Già agli esordi dello Stato, il buon funzionamento dell'economia richiede, però, una relativa separazione tra Stato e mercato, che si concreta nella concessione ai sudditi di alcune libertà di diritto privato¹³. Di seguito, il Settecento di Kant, Rousseau e delle Rivoluzioni americana e francese segna il passaggio a un nuovo modello di legittimazione dello Stato, quello democratico-repubblicano, che fonda l'obbedienza politica sul principio di autolegislazione. Il popolo, da somma di individui passivi, tende a trasformarsi progressivamente in cittadinanza attiva. Il *bourgeois* si scopre *citoyen*¹⁴.

Tuttavia, secondo Habermas, il principio di autolegislazione, da solo, non avrebbe avuto la forza sufficiente per conquistare allo Stato vasti strati della popolazione. Per fare ciò, ha avuto bisogno di un catalizzatore, e tale ruolo è stato svolto dal mito di un'identità di lingua, tradizioni e costumi anteriore all'unificazione politica: il mito della nazione, che è riuscito a far superare lo stadio delle affinità familiari, claniche e locali per condurre l'uomo europeo verso una forma più ampia, e più astratta, di solidarietà¹⁵. È così che – a prezzo di assimilazioni più o meno forzate, espulsioni e stragi – per una stagione storica relativamente lunga il concetto di *Volksnation* è diventato almeno tendenzialmente coestensivo a quello di *Staatsvolk*. La nazione-Stato europea, protetta e delimitata dai confini di Stato, è diventata così la dimora elettiva della democrazia. Inoltre, il senso di appartenenza comune ha consentito di disporre di un sentimento sufficientemente forte di solidarietà reciproca da sostenere la creazione di ampi sistemi di *welfare*, i quali a loro volta, con le loro prestazioni, hanno contribuito a rafforzare il sentimento di appartenenza alla comunità statale-nazionale.

Negli ultimi decenni, tuttavia, due fenomeni, secondo Habermas, avrebbero messo in crisi questo modello. In primo luogo, cresce costantemente il grado di diffe-

13 “Due sono, come abbiamo visto, le caratteristiche fondamentali dello stato moderno. Primo: la sovranità del potere statale che viene a incarnarsi nel principe. Secondo: il processo di separazione dello stato dalla società, per cui si concede paternalisticamente ai privati un corredo sostanziale di libertà soggettive” (J. Habermas, *Der europäische Nationalstaat. Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft*, cit., p. 126).

14 “Da un punto di vista ideale, lo stato costituzionale democratico è un ordinamento che lo stesso popolo ha voluto e – per libera formazione di volontà – legittimato. Secondo Rousseau e Kant, i destinatari del diritto devono sempre potersi pensare anche come gli autori di esso” (J. Habermas, *ibidem*).

15 “Nella evoluzione dello stato protomoderno in repubblica democratica ‘l'invenzione della nazione’ (H. Schulze) giocò il ruolo di un catalizzatore. L'autocomprensione nazionale rappresentò l'orizzonte culturale in cui i sudditi poterono diventare cittadini politicamente attivi. Solo l'appartenenza alla ‘nazione’ creava un vincolo di solidarietà tra persone fino ad allora reciprocamente estranee” (J. Habermas, *ivi*, p. 125).

rennazione interna delle società (post)nazionali. Si moltiplicano, infatti, le differenze non solo etniche, ma linguistiche, di appartenenza religiosa, di gusti, preferenze e visioni del mondo. In secondo luogo, la crescente integrazione economica globale erode gli spazi per una politica economica e sociale autonoma dello Stato-nazione, il quale si trova stretto tra la necessità di attrarre capitali tramite la riduzione delle tasse e l'abbassamento degli *standard* sociali (ed eventualmente ambientali) e l'esigenza di mantenere, se non incrementare, quegli stessi *standard*, al prezzo della fuga dei capitali che, tramite la tassazione, dovrebbero finanziarne il raggiungimento. L'alternativa a questo dilemma, ovvero l'adozione di soluzioni keynesiane, appare ormai impossibile in un solo Paese, mentre un intelligente adattamento alle esigenze della concorrenza di posizione può solo dare vantaggi temporanei a discapito di altri Stati¹⁶. Da quest'analisi, emerge, per Habermas, l'esigenza di preservare la democrazia, i diritti umani e i sistemi di *welfare* tramite modelli che possano superare i limiti attuali dello Stato nazionale, allo stesso tempo disancorando il repubblicanesimo dal suo rapporto ambiguo con il mito nazionale. D'altra parte, anche la transnazionalità dei pericoli ambientali e per la salute umana crea una involontaria "società del rischio"¹⁷ tale da richiedere una *governance* altrettanto transnazionale.

Ne seguono due proposte teoriche. Da una parte, Habermas auspica la creazione di organizzazioni regionali sovranazionali sul modello dell'Unione Europea, e il progressivo rafforzamento delle stesse fino al raggiungimento di una struttura sostanzialmente federale; dall'altra parte, suggerisce un modello di *governance* globale capace di accedere a una qualche forma di politica interna mondiale.

L'approfondimento delle questioni poste dall'integrazione su base regionale esula dagli intendimenti di questo contributo, che si concentrerà, pertanto, sulla questione della *governance* globale. In tema, il punto di partenza assunto da Habermas è dato dall'osservazione secondo cui la creazione di federazioni su scala regionale non risolverebbe i problemi fondamentali della redistribuzione, della democrazia e della tutela globale dei diritti umani. Essa, infatti, si tradurrebbe in una serie di alleanze difensive contro il resto del mondo¹⁸. La soluzione dei problemi mondiali, d'altra parte, secondo Habermas, non potrebbe essere perseguita, nel medio periodo, tramite un vero e proprio Stato mondiale, il quale mancherebbe di presupposti di legittimazione e solidarietà sufficienti a sostenerne la creazione.

Si tratterebbe piuttosto, almeno in un primo tempo, di mettere in comunicazione le negoziazioni internazionali "con i processi che all'interno degli Stati condizionano i

16 Cfr. J. Habermas, *Aus Katastrophenlernen? Ein zeit diagnostischer Rückblick auf das kurze 20. Jahrhundert* in *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998; trad. it. *Imparare dalle catastrofi? Ripensando al secolo breve*, in *Costellazione postnazionale*, Feltrinelli, Milano 1999, p. 21.

17 U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986; trad. it., *Società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2001.

18 "Di per sé, la creazione di unità politiche più grandi non modifica in nulla il mondo della 'concorrenza di posizione', ossia il modello di alleanze difensive rispetto al resto del mondo" (J. Habermas, *Die postnationale Konstellation* in *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998; trad. it. *La costellazione postnazionale e il futuro della democrazia*, in *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano 1999, p. 90)

singoli governi”¹⁹, in tal modo promuovendo il passaggio a negoziazioni orientate alla prospettiva di una *governance* globale. Opportunità importanti, in tal senso, potrebbero essere offerte dal coinvolgimento istituzionale di alcune ONG nelle negoziazioni tra Stati, tale da incrementare il livello di trasparenza delle negoziazioni stesse e, quindi, l’influenza delle opinioni pubbliche sui loro governi impegnati in tali transazioni. In senso analogo, Habermas ritiene interessante anche la proposta di attribuire all’ONU il potere di imporre *referendum* da tenersi nei singoli Stati su particolari temi²⁰.

In sostanza, quindi, per il filosofo renano sembra essere plausibile una trasformazione della politica mondiale guidata dalla progressiva creazione di una sfera deliberativa globale orientata all’armonizzazione degli interessi globali, la quale darebbe luogo alla considerazione della politica mondiale come politica interna, precludendo a una sorta di ordinamento democratico onniterritoriale dei diritti umani.

Anche rappresentata in questa forma “debole”, e al contempo estremamente raffinata, la concezione di un sistema giuridico democratico dal carattere onniterritoriale presenta delle difficoltà empiriche di non poco conto. Si pensi, a titolo di esempio, a come si potrebbero ritenere affidabili i risultati di *referendum* su temi globali tenutisi in Paesi ben lontani dal garantire, al proprio interno, il rispetto di pur minimi *standard* democratici. Va valutato, tuttavia, se tali difficoltà restino limitate alla sfera empirica o non possano rappresentare la spia di più rilevanti problemi teorici.

3. La moltiplicazione dei confini nel mondo globale, alcune indicazioni dalle opere di Hans Lindahl

Alla ricerca di una chiave di lettura per la tematizzazione di tale questione, può risultare interessante accedere al pensiero di Hans Lindahl, il quale fornisce degli spunti di grande interesse proprio sulla tematica dei confini, non come semplici margini, ma come veri e propri dati strutturanti degli ordinamenti giuridici. Ci riferiamo in particolare, ma non solo, a *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, testo peraltro di recente divenuto disponibile anche in traduzione italiana²¹. E qui occorre subito precisare che Lindahl non tratta dei confini solo come frontiere interstatali, ma estende il concetto di confine ai *boundaries* che strutturano lo spazio umano, dalla soglia di un supermercato al varco d’ingresso di uno stadio. Il concetto lindahliano di confine è, quindi, tendenzialmente

19 J. Habermas, *ivi*, p. 98

20 J. Habermas, *ivi*, p. 100.

21 H. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford University Press, Oxford 2013; tr. it. *Linee di frattura della globalizzazione*, Mimesis, Milano 2017. Per un approccio al dibattito suscitato dall’edizione originale del testo si richiamano il *Symposio Hans Lindahl, Fault Lines of Globalization, Legal Order and The Politics of A-Legality* in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XVI/2, 2014 con contributi di F.G. Menga, E. Christodoulidis, F. Ciaramelli, M. Loughlin, S., Näsström, S. Rummens, N. Walker e repliche di H. Lindahl, nonché il *Book Symposium* in *Jurisprudence*, vol. 7, 2016, con contributi di M. La Torre, E. Melissaris, P. Minkinen e S. Veich e repliche dell’autore.

più esteso dell'analogo concetto di Habermas e mira a render conto della struttura degli ordinamenti giuridici a prescindere dalla loro natura statale o non statale.

Va detto però che il tema dei confini, nel pensiero di Lindahl, si pone in connessione con l'elemento personale che caratterizza ogni ordinamento giuridico. Invero, per il filosofo neerlandese, un ordinamento non può essere essenzialmente compreso come sistema di norme in rapporto logico-autoritativo tra loro, ma piuttosto come espressione del punto di vista di un *we together*, di una collettività che ponga in essere un'azione congiunta intesa a realizzare uno scopo comune (punto normativo). Richiamandosi a Schmitt²², si può dire che ogni ordinamento nasca da un'occupazione, da un primitivo atto di presa di possesso con il quale una collettività, nell'atto stesso di costituirsi come tale, stabilisce quale sia il suo spazio, il suo tempo, quali i suoi soggetti e i suoi oggetti di interesse. L'atto fondativo di ogni collettività, ossia di ogni ordinamento, è dunque, essenzialmente un atto di fissazione di confini²³. Ciò, beninteso, nel contesto di quella che potremmo definire la doppia prestazione dei confini, i quali, mentre dividono, contemporaneamente uniscono spazi, tempi, soggetti e oggetti diversi.

Il perseguimento dello scopo fondamentale di un ordinamento richiede, infatti, la creazione di una rete di spazi connotati da intenzionalità e, più in particolare, da doverosità giuridica (*ought-places*). Tale rete, tracciata dalle norme, stabilisce cosa *debba* e *non debba* essere fatto in ciascuno spazio e in quale tempo determinati comportamenti possano (o debbano) essere tenuti, da chi e in rapporto a quali oggetti. La legalità, per Lindahl, è quindi rappresentabile come la rete dei luoghi, tempi, soggetti e oggetti connotati da doverosità secondo un qualche ordinamento giuridico. I confini sono, dunque, delle linee frastagliate che uniscono tempi, luoghi, soggetti e oggetti diversi, ma che anche dividono questi tempi-luoghi-soggetti-oggetti della legalità rispetto a due dominî a essi estranei: l'ambito dell'illegalità e quello dell'a-legalità.

Il confine che separa legalità e illegalità, a ben vedere, ha natura interna e non esterna all'ordinamento. Infatti l'illegalità, pur contrastando con la distribuzione di spazi-tempi-oggetti-soggetti determinata in conformità al punto normativo, rappresenta proprio quel tipo di condotta che la collettività ha già previsto e regolato in anticipo come antisociale. Si tratta di un fenomeno, dunque, pienamente incluso nell'ordinamento, che lo stesso è preparato ad affrontare e che, anzi, offre al diritto la possibilità di operare espressamente e visibilmente, con ciò riaffermando di fronte a tutti il proprio punto normativo²⁴. Anche la frontiera tra Stati diversi,

22 C. Schmitt, *Nomos – Nabme – Name in Staat, Großraum, Nomos: arbeitenausden]ahren 1916-1969*, Dunckerb&Humblot, München-Leipzig 1959; trad. it., *Nomos – Presa di possesso – Nome in Stato, Grande Spazio, Nomos*, Adelphi, Milano 2015, p. 352.

23 “The boundaries of a community are posited from the first-person plural perspective of a ‘we’ as a unity in distributive action. Justice is spatially circumscribed because every distributive act posits, explicitly or implicitly, a boundary separating inside from outside” (H. Lindahl, *Breaking Promises To Keep Them. Immigration and the Boundaries of Distributive Justice* in H. Lindahl (a cura di), *A Right to Inclusion and Exclusion. Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 138).

24 Sul punto Lindahl non si discosta da Kelsen (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Wien 1934; trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1967, p. 67).

peraltro, presenta i caratteri di un confine almeno parzialmente interno, giacché separa due soggetti (e due ordinamenti) che, tuttavia, sono già uniti dall'appartenenza a un ordinamento comune: il diritto internazionale.

Viceversa, secondo Lindahl, l'a-legalità è separata dal campo del legale con modalità ben più forti di quanto non accada per l'illegalità. Essa, infatti, è la dimensione del sociale pregiuridico e, pertanto, giuridicamente informale; per dirlo con terminologia luhmanniana, essa è l'ambiente dal quale il sistema, da intendersi qui come unità bipartita del legale e dell'illegale, emerge e si separa. Se, invero, legalità e illegalità esauriscono il dominio del noto, del previsto, di ciò che ha un posto nell'ordinamento, viceversa l'a-legalità è ciò che *non ha luogo* (o, perlomeno non dovrebbe averne), e *non ha un luogo* nell'ambito del sistema giuridico dato. Infatti, a ben vedere, se i luoghi del nostro spazio giuridico sono, per lo più, luoghi di legalità, dal supermercato come luogo degli acquisti, al parco pubblico come luogo di *relax* e divertimento etc., anche l'illegalità, nel nostro mondo, è dotata di luoghi destinati a riceverla, sanzionandola e normalizzandola, quali, per esempio, le questure, i Tribunali, le carceri.

Al contrario, l'a-legalità si manifesta come pretesa impreveduta – e imprevedibile da parte dell'ordinamento dato – di una nuova organizzazione dei luoghi, dei tempi, dei soggetti e degli oggetti del diritto; un'organizzazione che, insieme, contempra nuovi luoghi, tempi, soggetti e oggetti precedentemente esclusi e, contemporaneamente, ne escluda altri precedentemente inclusi; con ciò sconvolgendo anche la rete dei rapporti tra i luoghi, i tempi, i soggetti e gli oggetti dati. L'a-legalità è, quindi, impreveduta nel doppio senso di ciò che le norme non prevedono (cioè non contemplan) e di ciò che l'ordinamento non prevede (cioè non “sa” che potrebbe accadere).

Se i confini tra legalità e illegalità, come detto, hanno rilevanza comunque interna a un ordine dato, al contrario i confini tra il diritto vigente e l'a-legalità sono limiti e linee di frattura. Per meglio illustrare la differenza fra confini e limiti/linee di frattura, sia consentito ricorrere a un breve ma interessante lavoro della linguista Federica Cusan riguardante la toponomastica popolare di Pramollo e Massello, due piccoli Comuni delle Alpi piemontesi. Nel descrivere le denominazioni popolari dei luoghi ricadenti nei due Comuni, Cusan si esprime in modo assai rilevante ai nostri fini:

Si mappa lo spazio per sopravvivere, poi si stabiliscono i confini. Parallelamente al progressivo sfruttamento agro-pastorale del territorio e all'infittirsi della rete degli scambi sociali, la comunità, infatti, si trova impegnata nella definizione dei propri limiti. Il primo confine viene tracciato tra il conosciuto e l'ignoto, il domestico (o addomesticato) e il selvatico e a queste realtà si assegnano spazi differenti: il selvatico che circonda lo spazio abitato è il luogo dove nel tempo le nostre comunità hanno relegato angosce, oscuri terrori; è uno spazio che si immagina animato da presenze demoniache, popolato da esseri fantastici (Rivoira 2013) o da animali messi a guardia di creste, rocce di passi [...] che diventano nel loro insieme simboli di spazi interdetti all'uomo perché *hic abundant leones*. Nella sfera del *cultus*, invece, intercorrono confini tra le proprietà private; tra queste e quelle comuni o derivanti da antiche possessioni.²⁵

Ebbene, se assumiamo la concezione dello spazio tratteggiata da Cusan a metafora della visione dello spazio (ma anche del tempo, dei soggetti e degli oggetti) propria di un ordinamento, ci accorgiamo che limiti e le linee di frattura sono quelli che separano il colto dall'incolto, il noto dall'*bic sunt leones*; mentre confini interni sono quelli che distinguono le diverse proprietà tra loro, allo stesso tempo ribadendone l'unità quali elementi che appartengono entrambi alla dimensione del *cultus*, dello spazio da "noi" regolato e che a buon diritto possiamo chiamare nostro, se adottiamo il punto di vista del *we together*.

A questo punto resta, però, ancora non chiarita la distinzione tra limiti e linee di frattura, atteso che le due espressioni sono state sin qui accostate senza alcuna differenziazione. Per accedere a tale distinzione, va notato che l'a-legalità si presenta sempre in una doppia dimensione, ossia come a-legalità debole e a-legalità forte.

L'a-legalità debole interroga l'ordinamento, per così dire *iuxta propria principia*, lo invita cioè a integrare ciò che, secondo i suoi stessi principi, avrebbe dovuto includere ed, eventualmente, a escludere ciò che, sempre secondo i suoi stessi principi, avrebbe dovuto escludere. Essa si risolve, pertanto, in un invito ad attualizzare potenzialità già insite nella natura stessa dell'ordinamento interpellato.

Il ricorso alla coppia concettuale, di chiara ascendenza aristotelica, potenza/atto non deve però ingannare. Se, inverò, per Aristotele²⁶ tutte le potenzialità della cosa sono insite sin dalle origini nella cosa stessa e ivi risiedono in attesa di essere attualizzate; viceversa per Lindahl le potenzialità di un ordinamento non sono mai interamente ricostruibili sin dalle origini, ma solo le sfide di volta in volta poste dalla storia consentono di ricostruire, *a posteriori*, se una pretesa fosse insita o meno negli sviluppi possibili di un certo diritto. La circostanza che le potenzialità di trasformazione di un ordinamento non siano ricostruibili fin dalle origini, d'altro canto, è connessa alla natura stessa del diritto, che solo in termini molto generici e metaforici può essere pensato come una cosa, essendo piuttosto meglio descrivibile (almeno nella prospettiva di Lindahl) come un sé collettivo²⁷.

In senso analogo anche Mario Jori:

Il diritto non è un oggetto materiale: come ho detto non è una sorta di Monte Bianco invisibile che possa essere indicato col dito [...]. In questo caso appartenenza di una norma a un diritto è una metafora per un'astrazione abbastanza complicata, secondo cui chi accetta di operare mediante quel diritto (ordinamento giuridico) deve logicamente accettare di operare anche mediante la singola norma che "appartiene" a quel diritto.²⁸

Cugno et al. (a cura di), *Studi linguistici in onore di Lorenzo Massobrio*, Istituto dell'Atlante Linguistico Italiano, Torino 2014, p. 102.

26 Aristotele, *Metà ta fysikà*; trad. it., *Metafisica*, Bompiani, Milano 2000, pp. 395-431.

27 "Ora l'identificazione di un sé collettivo esige che esso venga distinto dall'*altro da sé* e non dalle cose. Volendo parafrasare Ricoeur, potremmo dire che per identificare noi stessi come collettività dobbiamo distinguerci da altri sé ed è nel distinguerci da altri sé che ci identifichiamo come sé collettivo" [corsivo nell'originale N. d. A.] (H. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, cit., p. 296).

28 M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa 2010, p. 61.

L'a-legalità forte, al contrario dell'a-legalità debole, sfida l'ordinamento proponendogli istanze che – naturalmente sempre *a posteriori* – risultano non assimilabili dall'ordinamento medesimo e che, tendenzialmente, neppure aspirano a essere assimilate da questo, ma piuttosto a proporre un modello radicalmente alternativo rispetto al diritto in essere. Di fronte alla dimensione forte dell'a-legalità, si possono configurare due risposte tipiche: o il tentativo di neutralizzare e distruggere la pretesa a-legale o la scelta di “saltare il fosso” abbandonando l'ordinamento dato per approdare a uno nuovo.

I confini tra un ordinamento giuridico e l'a-legalità in senso forte si chiamano linee di frattura o linee di faglia, secondo la suggestiva metafora geologica proposta da Lindahl.

Peraltro, per Lindahl, la presenza di un'ampia discrezionalità, se non proprio di un arbitrio, nella categorizzazione di una pretesa come inerente all'a-legalità debole o all'a-legalità forte trova corrispondenza nell'arbitrarietà insita in ogni atto originario di chiusura²⁹. L'atto di chiusura, in un certo senso, non è infatti mai esistito come atto dichiaratamente originario. Invero ogni chiusura, lungi dal dichiararsi espressamente originaria, si legittima sempre come ri-chiusura, ovvero come ripresa, consolidamento, ufficializzazione di una collettività presentata come già esistente e dei suoi principi. Se, infatti, una collettività – o meglio chi per essa prende la parola – dichiarasse apertamente l'originarietà del proprio atto di chiusura, emergerebbe in tutta la sua evidenza il carattere arbitrario di tale atto e, quindi, anche l'arbitrarietà dell'esclusione di altre possibilità che esso comporta. Una tale rivelazione, però, attaccherebbe alla radice la pretesa di legittimità del nuovo ordinamento e, nel far questo, finirebbe col privarlo di ogni capacità persuasiva e, di conseguenza, di ogni possibilità di successo³⁰.

Dalla circostanza che ogni atto di fondazione di ciascun ordinamento giuridico, nazionale o globale che sia, vada considerato come atto arbitrario di preferenza per un punto normativo in danno del suo opposto, il punto cieco, segue che anche la determinazione di chi debba fare cosa, dove e quando ossia dei confini soggettivi, oggettivi, spaziali e temporali di un diritto sia, in fin dei conti, arbitraria e non giustificabile razionalmente. Arbitrario, e quindi eminentemente politico, è l'atto di definizione dei confini e, soprattutto, delle linee di frattura, non solo nel suo stabilire chi sia l'estraneo per “noi”, ma anche nel correlativo e inseparabile determinare chi per “noi” sia l'intraneo da tenere all'interno della chiusura, da includere.

4. Un passo oltre i problemi teorici dell'oni-inclusivismo, la strategia dell'*holding back to hold out*

Dopo aver esplorato alcuni profili del pensiero di Lindahl, torniamo, con qualche strumento in più, alla questione che avevamo lasciato in sospenso più sopra: se cioè il progetto di *Weltinnenpolitik* ponga problemi esclusivamente empirici, o se tali pro-

29 C. Schmitt, *Der Nomos der Erdeim. Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker&Humblot, Berlin 1950; trad. it., *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991, p. 73.

30 In merito paradossi scaturenti dalla chiusura originaria come atto di ri-chiusura si veda F.G. Menga, *Eterotopia del potere costituente e gli ambigui destini della modernità secolare. Riflessioni fenomenologico-giuridiche* in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 2016, pp. 415-449.

blemi costituiscano il punto di emergenza di una qualche questione (anche) teorica. In verità l'opera del filosofo neerlandese fornisce elementi per tentare di enucleare una questione teorica irrisolta nel progetto habermasiano, la quale si può far risalire sino alla modalità di fondazione della morale da parte del pensatore renano, così come è tracciata nel saggio *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, significativamente incluso nella raccolta *Die Einbeziehung des Anderen*. In tale saggio, infatti, anzitutto, viene dato per presupposto ciò che presupposto potrebbe non essere, ovvero che “gli interessati vogliono risolvere i loro conflitti sulla base dell'intesa reciproca, e non tramite violenza o formazione di compromesso”³¹. Infatti, anche tacendo della violenza, sovente il compromesso, frutto dell'agire strategico, potrebbe risultare più facile e meno dispendioso dell'intesa, prodotto dell'agire comunicativo. Ma, anche a voler lasciare da parte la discrezionalità di questi assiomi di partenza, in *Eine genealogische* Habermas segue la strada della dilatazione (e della rarefazione) delle asserzioni di ciascun partecipante a un ipotetico dibattito pubblico riguardante problemi normativi fino al livello in cui il contenuto di tali asserzioni divenga estensibile “a una comunità inclusiva che non esclude in via di principio nessun soggetto dotato di competenze pratico-linguistiche e in grado di fornire contributi importanti”³². Altrove, in uno sforzo forse ancor più ampio di inclusione, Habermas dirà che “alle sue condizioni, il nuovo paradigma mette pure in discussione sé stesso”³³.

Tuttavia, a partire dalla lezione di Lindahl, anche questa precisazione potrebbe non bastare. Infatti, se l'omni-inclusività può risultare gradita alle rivendicazioni che si lascino interpretare prevalentemente come a-legalità debole, accettando la strategia di rivendicare il proprio diritto all'inclusione, essa sembra avere ben poche risorse per affrontare costruttivamente le rivendicazioni di a-legalità forte. Le rivendicazioni cioè di chi non desidera essere incluso, ma voglia piuttosto vedersi riconosciuto il diritto a restare (o a diventare) se stesso, rifiutando l'inclusione nell'ordinamento (presunto) totale. Infatti, per quanto si possa intendere il diritto in termini formali e procedurali, esso richiede sempre che ciascuno compia l'atto preliminare di identificarsi in una comunità politica determinata e di entrare nella discussione con i membri di tale comunità, sia pure al solo scopo di modificarne i principi e le regole. Ma questa è proprio la richiesta che i dissenzienti radicali non vogliono e, in un certo senso, non possono soddisfare. Infatti, i dissenzienti radicali sono tali proprio perché considerano la propria visione del mondo assolutamente incompatibile con quella dell'ordinamento che fronteggiano, e tale valutazione, per quanto arbitraria, non ha di per sé nulla di irrazionale, ma è semplicemente l'altra faccia dell'ineliminabile arbitrarietà propria della chiusura originaria.

31 J. Habermas, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral* in *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1996; trad. it. *Quanto è ragionevole l'autorità del dover-essere in L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 2008, p. 54.

32 J. Habermas, *ivi*, p. 55.

33 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Inhalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992; trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2018, p. 500.

Il riferimento all'a-legalità forte vale, quindi, a disvelare la problematicità teorica del progetto di un ordinamento universale, inteso come ordinamento onnicomprensivo e privo di un qualsivoglia *fuori*. Invero, neppure l'ordinamento dei diritti umani potrebbe assumere tale connotazione onnicomprensiva. Infatti la fondazione di un tale ordinamento richiederebbe la determinazione del catalogo dei diritti, l'enucleazione delle circostanze che ne giustificano la compressione, la soluzione dei problemi di bilanciamento reciproco etc. Tali determinazioni, per quanto ampiamente discusse tra un numero quanto più vasto possibile di interlocutori, richiedono sempre l'adozione di scelte di valore.

In tema, ci vengono in soccorso le parole di Andronico:

Il concetto di “diritti fondamentali”, infatti, ed in particolare l'idea di una loro possibile positivizzazione, presuppone la previa identificazione (o l'assunzione che dir si voglia) di alcuni valori che saranno poi da tutelare nel concreto svolgimento della pratica sociale.³⁴

Orbene, l'identificazione di valori cui si riferisce Andronico è, di necessità, il prodotto di scelte politiche per definizione altamente discrezionali, se non proprio arbitrarie, e, quindi, destinate a far emergere nuovi punti ciechi. Si riprodurrebbe, dunque, anche nel caso dell'ordinamento (preteso) universale dei diritti umani, un ambito di a-legalità, il quale rappresenterebbe proprio quel *fuori* che si era cercato in ogni modo di bandire. Detto in altri termini, l'idea stessa di bandire il *fuori* sembra essere intrinsecamente contraddittoria, perché richiederebbe comunque l'esistenza di un *fuori* nel quale confinarlo.

La soluzione proposta da Lindahl si basa su una doppia strategia. In primo luogo, il filosofo neerlandese propone di mantenere i diritti umani nello *status* di diritti morali non rinchiudibili all'interno di alcun ordinamento, e come tali sempre a disposizione come parametro critico nei confronti di tutti gli ordinamenti possibili. Notazione questa, tutt'altro che banale. Si pensi, a titolo di esempio, ai richiedenti protezione internazionale. Ovviamente, non tutti loro sono destinati a ottenere lo *status* richiesto, né tutti ne avrebbero diritto secondo l'*acquis* di norme e principi di diritto in atto riconosciuti. Ma la circostanza che questo *acquis* afferisca all'ambito dei diritti umani ci autorizza a sostenere che i diritti fondamentali dei richiedenti asilo inizino e finiscano all'interno di tale contenitore? Se così fosse, bisognerebbe ammettere che i diritti umani, una volta positivizzati, rappresentino una forma estremamente intollerante del diritto positivo, giacché tale da non accettare alcuna critica in nome della giustizia o, in termini kantiani, del diritto necessariamente possibile³⁵.

Il mantenimento ai diritti umani di uno statuto *anche* extra-giuridico (o, se si vuole extra-positivo) sembra, quindi, idoneo a neutralizzare il profilo di intolleranza potenzialmente insito in essi.

34 A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, G. Giappichelli, Torino 2012, p. 113.

35 I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Friedrich Ricolodius, Königsberg 1797; trad. it. *La Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1996, p. 23.

In secondo luogo, Lindahl suggerisce l'impiego dell'eccezione in termini invertiti rispetto a quelli codificati da Schmitt, cioè come soluzione che opera per "sostenere piuttosto che distruggere l'estraneo in quanto estraneo"³⁶. Infatti, contrariamente a quanto presupposto – ma non specificamente dimostrato – da Schmitt³⁷, non esiste alcuna ragione cogente per ritenere che l'estraneo, in quanto tale, sia per ciò stesso un nemico³⁸; anzi il riconoscimento del carattere arbitrario dell'atto di conquista originario, disvelando la cattiva coscienza che sta al fondo di ogni possibile diritto positivo, dovrebbe suggerire un atteggiamento di sostegno all'estraneo, rispettoso del suo diritto a rimanere estraneo, cioè a essere altrimenti rispetto a "noi".

In sostanza, per Lindahl, vi sarebbero casi di conflitto insanabile tra ordinamenti in cui un diritto può decidere di sospendere sé stesso per consentire a un altro ordinamento di sussistere come altro da sé, senza con ciò rinunciare alla vigenza delle sue norme e del suo punto normativo in tutti gli altri casi. La reciprocità e l'invocazione di principi comuni non sarebbe l'unica strategia possibile, rimanendo aperta per ogni ordinamento la possibilità di "tirarsi indietro per tenersi fuori e resistere oltre [*holding back to hold out*]"³⁹.

5. Riflessioni conclusive

In conclusione del presente articolo sembra opportuno aggiungere qualche ulteriore spunto di riflessione.

Anzitutto, vi è da chiedersi se l'eccezione, così come è intesa da Lindahl, sia effettivamente in continuità col pensiero di Schmitt, ferma restando la funzione di sostegno all'estraneo e non di sua eliminazione che Lindahl stesso le attribuisce. La questione non è filologica, ma filosofico-giuridica. Schmitt, infatti, concepisce l'eccezione essenzialmente come occasione per la sospensione dell'intero ordinamento. Rileggiamo alcune sue parole sul tema:

non ogni competenza inconsueta, non ogni misura o ordinanza poliziesca di emergenza è già una situazione di eccezione: a questa pertiene piuttosto una competenza illimitata in via di principio, cioè la sospensione dell'intero ordinamento vigente. Se si verifica tale situazione, allora è chiaro che lo Stato continua a sussistere, mentre il diritto viene meno.⁴⁰

36 H. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, cit., p. 382.

37 C. Schmitt, *Begriff der Politischen*, Duncker&Humblot, München-Leipzig 1932, in *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 2013, p. 109.

38 Sulle complesse ragioni ed esigenze psicologiche, invero tutt'altro che razionali, che inducono a rappresentarsi l'estraneo come minaccia nell'età contemporanea si rimanda a W. Brown, op. cit., p. 199 e ss.

39 H. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, cit., p. 384.

40 C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*,

Viceversa i casi analizzati da Lindahl sembrano piuttosto afferire a sospensioni localizzate dei singoli ordinamenti.

Si pensi al celebrecaso *Grogan* deciso dalla Corte di Giustizia europea in materia di aborto nel 1991⁴¹. In esso si trattava di valutare se alcuni dirigenti di associazioni studentesche irlandesi, pubblicizzando in Irlanda la possibilità di abortire presso cliniche del Regno Unito, stessero violando le leggi nazionali contro l'aborto, dotate di copertura costituzionale, oppure stessero semplicemente pubblicizzando un servizio, con ciò avvalendosi di una delle libertà di mercato garantite dall'ordinamento comunitario (oggi diritto dell'Unione Europea). La soluzione data dalla Corte di Giustizia fu nel senso che l'ausilio medico all'interruzione volontaria di gravidanza dovesse considerarsi un servizio, ma che l'attività degli studenti, in mancanza di un rapporto economico tra loro e le cliniche, fosse troppo tenuemente legata al servizio stesso per essere tutelata dalla libertà di prestazione dei servizi garantita dal diritto comunitario. In questo modo, il diritto comunitario, secondo Lindahl, si sarebbe tirato indietro per tirarsi fuori e resistere oltre. In altre parole, il diritto comunitario, pur non rinunciando al suo punto normativo, rappresentato dalla tutela delle quattro libertà di mercato, avrebbe, tuttavia, sospeso la propria applicazione nel caso concreto, in modo tale da consentire all'estraneo, nella specie al diritto statale irlandese, di occuparsi della vicenda, riaffermando in essa un punto essenziale della propria dimensione identitaria, ossia il divieto di aborto.

Orbene, in verità, nell'esempio in questione non sembrano esservi delle ragioni ultimative per sostenere che ci troveremmo di fronte a una vera e propria auto-sospensione del diritto comunitario, nel senso avuto presente da Schmitt. Se non altro, va notato che gli ordinamenti posti in relazione e in rotta di collisione dal caso *Grogan* non erano né sono due realtà assolutamente estranee tra loro, avendo la Repubblica d'Irlanda volontariamente aderito alle Comunità europee e sussistendo, tanto nell'ordinamento comunitario quanto in quelli degli Stati membri, regole e modelli diretti alla soluzione dei contrasti tra le due sfere ordinamentali. Non solo, ma va aggiunto che, in un caso giudiziario, difficilmente potrebbe intervenire la sospensione di un intero ordinamento, potendosi piuttosto disputare della sospensione di singoli principi o norme, per quanto eventualmente importanti sul piano identitario. Resta, dunque, da capire se, in casi del genere, la differenza quantitativa assuma o meno carattere qualitativo e se, quindi, si possa parlare ancora di sospensione o non si debba piuttosto adottare un qualche vocabolo meno impegnativo e più usuale per i giuristi, per esempio disapplicazione, deroga o simili.

Inoltre, sempre occupandosi della sospensione, parrebbe doversi tematizzare più a fondo il rapporto tra estranei. Infatti non si può dare per assodato che il rapporto tra ordinamenti reciprocamente estranei debba configurarsi con le stesse

Duncker&Humblot, München-Leipzig 1922; trad. it. *Teologia politica, quattro capitoli sulla teoria della sovranità* in *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 38-39.

41 Si veda Corte di Giustizia delle Comunità Europee sent. 04.10.1991, in causa C-159/1990, SPUC Ireland Ltd. c/ S.Grogan + altri, testo in italiano reperibile sul sito <https://eur-lex.europa.eu> (ultima visita il 13.01.2019). Il caso è ampiamente discusso in H. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, cit., p. 169 e ss.

modalità del rapporto tra un ordinamento e l'estraneo inteso come altro uomo, altra persona umana.

Per quanto, infatti, l'ordinamento possa essere inteso come il prodotto di un noi personale, di un *we together*, esso è sempre e comunque *un prodotto*, cioè *una cosa*, per quanto, come abbiamo osservato, si tratti di una cosa metaforica, dotata di una realtà, per così dire, diversa e di secondo grado rispetto a quella propria di un tavolo o di un martello. Si potrebbe anche dire che l'ordinamento è il prodotto di un pensiero e di una decisione di un *we together*, ma anche così esso resta l'effetto di una serie di mediazioni. Il pensiero si distingue infatti da *chi* lo ha pensato e richiede ulteriori mediazioni per essere riconoscibile come diritto. Mediazioni che possono variare dalle complesse procedure di formazione della legge o delle norme eurounionali sino alla mera *diuturnitas* della norma consuetudinaria, ma che restano comunque necessarie per trasformare il pensiero in diritto. La stessa prima distinzione tra il pensiero e il suo autore sembra suggerire, d'altronde, una ripresa, in questa sede, di una riflessione propria del pensiero di Lévinas (ripresa forse legittima alla luce della forte influenza che la fenomenologia, da Husserl a Waldensfeld passando per Heidegger, esercita sul pensiero di Lindahl): l'altro, *l'autrui* è sempre oltre il discorso che lo riguarda e lo assume come tema⁴². Anzi, a ben vedere, l'altro, inteso come persona umana, è sempre oltre il discorso ch'egli stesso – come singolo e a maggior ragione come componente di una collettività – ha pronunciato e pronunzia, sia pur esso il discorso politico-giuridico che fissa e (ri)definisce la chiusura fondamentale. Infatti l'altro, in quanto presente come *visage*, ha sempre la possibilità di smentire, precisare, modificare, perfino abbandonare il suo discorso (il suo ordinamento) appena un attimo dopo averlo posto. Con l'altro, inteso nel suo senso più proprio di persona umana, secondo Lévinas, non si dà confine (né limite né linea di frattura), perché l'altro ci trascende integralmente; mentre l'esperienza dell'estraneità tra ordinamenti ci consegna proprio il dato opposto, quello di confini che, mentre viene pronunziata la profezia della loro prossima sparizione, inaspettatamente si moltiplicano.

Per quanto, quindi, la strategia dell'auto-sospensione possa essere ritenuta una delle soluzioni possibili nel rapporto tra ordinamenti, si può dubitare del fatto che tale opzione sia l'unica possibile.

Infatti la, pur relativa, separazione tra la persona umana e l'ordinamento che ne costituisce un'espressione potrebbe aprire a una pluralità di soluzioni legate ai singoli contesti, pur sempre assumendo il rispetto dell'*altro*, dell'altra persona umana, come obiettivo, pietra di paragone e monito.

42 E. Lévinas, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*, Martinus Nijhoff, La Haye 1961; trad. It. *Totalità e Infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaca Book, Milano 2018, pp. 200-201.