

La giustizia nel diritto internazionale dell'economia?
Dal "diritto internazionale fra Stati"
al "diritto internazionale dell'integrazione"
e al "diritto costituzionale"*

1. L'EMERGENTE "DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE"

Il numero di aree regionali di libero scambio (più di 250, un numero mai raggiunto prima), di unioni doganali e di altri accordi di integrazione conclusi in tutto il mondo e la crescente attenzione del diritto internazionale dell'economia, dell'ambiente e dei diritti umani alla protezione dei diritti individuali e degli interessi dei cittadini (in una reciproca cooperazione benefica tra cittadini liberi oltre i confini nazionali) comportano la nascita di un nuovo tipo di "diritto dell'integrazione" regionale e mondiale che mira alla promozione di una reciproca cooperazione benefica non solo tra governi, ma anche tra individui, popoli e governi rappresentativi¹. Il numero di accordi regionali di commercio (più di 60) conclusi dopo il fallimento della Conferenza dei ministri dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) del 2003 per far progredire in tutto il mondo il Ciclo di consultazioni di Doha dimostrano che gli accordi regionali sono sempre più percepiti come *fora* alternativi non solo per la liberalizzazione, ma anche per la regolamentazione del commercio e per l'integrazione non economica. Le recenti iniziative per trasformare accordi regionali di libero commercio, ad esempio, nella Comunità dell'Associazione delle nazioni dell'Asia Sud-Orientale, nella Comunità del Sud Africa, nel Mercato comune del Sud (MERCOSUR), nella Comunità economica delle Ande e dell'America Centrale, riflettono l'esperienza europea dove il successo della liberalizzazione del commercio regionale e dell'integrazione del mercato dipendono dall'inclusione in un più ampio quadro giuridico, istituzionale, sociale e politico sostenuto da cittadini e da altri gruppi non governativi in quanto socialmente "giusto".

* Versione ridotta del testo *Justice in International Economic Law? From the 'International Law among States' to 'International Integration law' and 'Constitutional Law'*, pubblicato in lingua inglese negli EUI Working Papers, Law n. 2006/46. Traduzione dall'inglese di Valerio Nitrato Izzo.

1. Cf. E.-U. Petersmann, *From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System*, in "Journal of International Economic Law", vol. 1, n. 2, 1998, pp. 175-98.

L'evoluzione sempre più complessa dell'ordine internazionale in un "sistema giuridico a strati" basato su regole pubbliche e private, nazionali, regionali e mondiali, pone domande riguardanti la relazione tra i differenti livelli del sistema giuridico internazionale e l'interpretazione giuridica delle regole internazionali rivolte al cittadino. Il "diritto internazionale della coesistenza", statualistico e orientato al potere, e il "diritto intergovernativo della cooperazione" continuano a modellare il "diritto internazionale dell'integrazione economica"; quest'ultimo si sta evolvendo in maniera dinamica sulla base di migliaia di accordi bilaterali (come accordi di investimento, per il trasporto aereo e sulla doppia tassazione), accordi mondiali e regionali (come gli accordi dell'OMC, la Convenzione della Banca Mondiale per il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, la Convenzione sul diritto del mare, gli accordi ambientali multilaterali, le convenzioni sulla proprietà intellettuale) e sulla base di centinaia di regole di risoluzione delle controversie contenute in questi accordi. Le strutture intergovernative basate sulla sovranità del diritto internazionale sono sempre più limitate dallo *ius cogens* e dagli obblighi *erga omnes* sui diritti umani di tutti i membri dell'ONU e dell'OMC, dai poteri sovranazionali delle organizzazioni internazionali (come il Consiglio di sicurezza dell'ONU e la Corte internazionale di giustizia, CIG), così come dalla proliferazione di Corti internazionali e altre istituzioni e dalle norme per la risoluzione delle controversie, compresa l'Intesa sulla risoluzione delle controversie (IRC). La struttura gerarchica del diritto delle organizzazioni internazionali afferma la prevalenza non solo nei confronti del diritto interno (cfr. art. XVI:4 Accordo OMC), introduce gerarchie giuridiche e "controlli e contrappesi" costituzionali anche tra organismi legislativi, amministrativi e giudiziari e livelli diversi di diritto primario e secondario delle organizzazioni internazionali (cfr. artt. IX, XVI:3, Accordo OMC). La regolamentazione giuridica internazionale sugli accordi regionali (cfr. artt. XXIV GATT, V GATS), bilaterali (cfr. art. 11 Accordo dell'OMC sulle salvaguardie, Accordo dell'OMC sul tessile e l'abbigliamento) e le restrizioni unilaterali sono progressivamente rafforzate attraverso regole (ad es. artt. 16, 17 e 23 IRC) con "funzioni costituzionali" per la protezione della libertà, della non discriminazione, dello stato di diritto e per il potenziamento della cooperazione sul welfare tra cittadini, al di là dei confini nazionali².

2. LA NASCITA DEL "DIRITTO COSTITUZIONALE INTERNAZIONALE"

Il riconoscimento universale dei diritti umani, le strutture gerarchiche del diritto delle organizzazioni internazionali e la globalizzazione delle relazioni

2. Su questo nascente "diritto costituzionale internazionale" cfr.: E.-U. Petersmann, *Multilevel Trade Governance Requires Multilevel Constitutionalism*, in C. Joerges, E.-U. Petersmann (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart Publishing, Oxford 2006, cap. 1.

internazionali economiche, ambientali, giuridiche e politiche stanno trasformando il “diritto internazionale orizzontale tra Stati” in una comunità cosmopolitica e in un “diritto internazionale di Stati, popoli e cittadini” con strati giuridici complessi, network e strutture sempre più verticali di regolamentazione giuridica e di *governances* pubbliche e private, nazionali e internazionali.

2.1. Le diverse forme di governance economica multilivello

Nelle relazioni economiche internazionali, ad esempio, si possono distinguere cinque tipi fondamentali di regolamentazione economica internazionale (tassi di cambio, investimenti, produzione, commercio, concorrenza, consumo, beni, servizi, standard sociali e ambientali, movimenti transnazionali di capitali, persone e comunicazioni) che interagiscono in vari modi e che spesso difettano di trasparenza:

1. trattati internazionali e organizzazioni intergovernative a livello mondiale o regionale (come l'OMC e gli oltre 250 accordi di commercio regionali), che sempre più proteggono anche interessi privati (come nella CE) e strumenti giurisdizionali privati (come il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di Investimenti della Banca Mondiale);

2. reti intergovernative informali tra organismi di regolamentazione interna (come il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, la Rete Internazionale della Concorrenza tra autorità indipendenti nazionali antitrust);

3. autorità nazionali che implementano regole e politiche economiche soggette a regolamentazione internazionale e vincoli costituzionali;

4. partenariati di regolazione ibridi pubblico-privato, come l'amministrazione mondiale degli indirizzi dei siti web da parte della privata Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), soggetta alla supervisione regolamentare degli Stati Uniti d'America e che collabora a stretto contatto con l'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (ad es., per la risoluzione pacifica delle controversie riguardanti nomi di dominio attraverso le procedure arbitrali dell'OMPI);

5. organismi privati di regolamentazione come l'Organizzazione internazionale per le standardizzazioni (ISO) per l'armonizzazione internazionale degli standard usati anche come basi giuridiche per la regolazione intergovernativa del commercio (come nell'accordo dell'OMC sulle barriere tecniche al commercio) oppure la Camera di commercio internazionale (CCI) le cui regole privatistiche e i cui arbitrati commerciali sono strettamente connessi con i sistemi di regolamentazione nazionali e internazionali (si veda, ad es., il privato Independent Review Procedures gestito congiuntamente dalla CCI e dall'OMC al fine di determinare il rispetto da parte pubblica e privata dell'accordo sulle ispezioni pre-imbarco dell'OMC).

2.2. Sinergie del costituzionalismo nazionale e internazionale per il controllo della governance multilivello

Di fatto tutti i 191 paesi membri dell'ONU hanno adottato Costituzioni che istituiscono ordinamenti nazionali e poteri statali, sottomettono i governi a limiti costituzionali e obbligano le politiche statali alla promozione dei diritti umani e ad altri obiettivi costituzionali. La globalizzazione dimostra che le Costituzioni nazionali da sole non possono né proteggere i diritti umani oltre le frontiere né assicurare la fornitura collettiva di beni pubblici globali (come la pace internazionale, lo stato di diritto e un ambiente salubre). Le Costituzioni nazionali finiscono per essere “salvaguardie costituzionali incomplete”; in un mondo globale interdipendente dove sempre più cittadini perseguono la felicità attraverso il consumo di beni e servizi stranieri o viaggiando, le costituzioni nazionali non possono più realizzare molti dei loro obiettivi senza delle complementari “salvaguardie costituzionali internazionali” che proteggano i diritti fondamentali e limitino gli abusi di potere nelle relazioni transnazionali e internazionali³. Più i governi cooperano al livello internazionale per la fornitura collettiva di “beni pubblici internazionali”, più la *governance* multilivello nelle organizzazioni internazionali porta a limitare giuridicamente i poteri pubblici nazionali. Dalla Costituzione (*sic*) istitutrice l'OIL del 1919, anche molti altri accordi costituenti di organizzazioni internazionali – come la Food and Agriculture Organisation (FAO), la World Health Organisation (WHO), la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) – sono chiamati “costituzioni” sulla scorta del fatto che essi:

- costituiscono un nuovo ordine giuridico con prevalenza su quello degli Stati membri;
- creano nuovi soggetti giuridici e istituzioni gerarchicamente strutturate con poteri limitati di *governance*;
- contemplan controlli e contrappesi istituzionali (ad es. tra organi normativi, amministrativi e di risoluzione delle controversie nell'OMC);
- limitano dal punto di vista giuridico i diritti degli Stati membri (riguardo le procedure di ritiro ed emendamento, di risoluzione delle controversie);
- provvedono all'offerta di beni pubblici collettivi che – come nel caso dei trattati di costituzione (di OIL, OMS e UNESCO) – sono parzialmente definiti in termini di diritti umani (come il nucleo dei diritti dei lavoratori, i diritti umani alla salute e all'istruzione);
- operano come “costituzioni viventi” le cui funzioni – per quanto limitate

3. Cfr., ad esempio, Petersmann, *Multilevel Trade Governance Requires Multilevel Constitutionalism*, cit.; D. M. Johnston, *World Constitutionalism in the Theory of International Law*, in R. S. J. MacDonald, D. M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Nijhoff, Leiden 2005, pp. 3-30; R. Uerpman-Witzack, *The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford 2006, pp. 147-81.

per scopo e appartenenza – si evolvono sempre più come risposte ai mutati bisogni della cooperazione internazionale.

I “trattati costituzionali” universali si differenziano profondamente dalle costituzioni nazionali per le loro limitate funzioni politiche e per una minore efficacia dei vincoli costituzionali (ad es. sui poteri di politica intergovernativa e nazionale). I giusinternazionalisti più legati alla forma statuale preferiscono quindi parlare di “diritto internazionale istituzionale”⁴ oppure di un “costituzionalismo intergovernativo leggero”⁵. Dal punto di vista delle prospettive costituzionali ed economiche orientate all’individuo, le istituzioni internazionali stanno diventando non meno necessarie di quelle nazionali per l’offerta di beni pubblici. I diritti umani e le loro premesse morali (individualismo normativo) richiedono di strutturare la *governance* nazionale e internazionale come un quadro costituzionale integrato e a più livelli per la protezione dei diritti dei cittadini, dell’autonomia democratica e della cooperazione fra cittadini liberi attraverso le frontiere⁶. Il *costituzionalismo internazionale* è un complemento funzionalmente limitato, ma necessario per il *costituzionalismo nazionale* perché, solo insieme, possono proteggere più efficacemente diritti umani e autonomia democratica oltre le frontiere, in un mondo integrato a livello globale.

2.3. “Funzioni costituzionali” del diritto dell’omc

Nessuno dei sostenitori del costituzionalismo internazionale afferma che i trattati costituzionali internazionali che istituiscono e limitano la produzione normativa internazionale, i poteri esecutivi e giudiziali per l’offerta collettiva di beni pubblici internazionali siano, o che debbano diventare, Costituzioni nello stesso senso delle Costituzioni nazionali. In linea con le differenti tradizioni costituzionali, gli approcci costituzionali alla *governance* multilivello variano inevitabilmente. Ad esempio, la nozione di “costituzione dell’omc” è sempre più usata nel senso di:

– insieme dei poteri normativi, esecutivi e (quasi) giudiziari delle istituzioni dell’omc⁷;

4. Cfr. N. Blokker, H. G. Schermers, *International Institutional Law: Unity with Diversity*, Nijhoff, Leiden 2003, 4^a ed.

5. Cfr. J. Klabbers, *Constitutionalism Lite*, in “International Organizations Law Review”, vol. 1, n. 1, 2004, p. 45.

6. Sulle “funzioni costituzionali” delle organizzazioni internazionali come “quarto ramo del governo” cfr. E.-U. Petersmann, *Constitutionalism and International Organizations*, in “Northwestern Journal of International Law & Business”, vol. 17, n. 2-3, 1996, p. 398, pp. 415 ss.

7. J. H. Jackson, *The World Trade Organisation: Constitution and Jurisprudence*, Routledge, London 1998.

- “costituzionalizzazione” del diritto dell’omc risultante dalle decisioni degli organi di risoluzione delle controversie dell’omc⁸;
 - “funzioni costituzionali” *interne* delle norme GATT/omc, ad esempio per la protezione dei principi costituzionali (come libertà, non discriminazione, stato di diritto, proporzionalità nelle limitazioni statali) e democrazia interna (ad es. attraverso la limitazione del potere di gruppi con interessi protezionistici) a beneficio della cooperazione transnazionale tra cittadini liberi⁹;
 - “funzioni costituzionali” internazionali delle norme dell’omc, ad esempio per la promozione della “democrazia internazionale partecipativa” (mantenendo, ad es., la responsabilità internazionale degli Stati per gli “effetti esterni” delle loro politiche commerciali nazionali, mettendo in grado i paesi di partecipare nell’azione politica di altre nazioni)¹⁰ e del rafforzamento della “concorrenza giurisdizionale tra Stati”¹¹ e dell’“allocazione dell’autorità tra le Costituzioni”¹²;
 - in virtù della necessità di “approcci costituzionalistici” per una comprensione adeguata del diritto dell’insieme delle organizzazioni internazionali che utilizzano termini, metodi e principi costituzionali, da più di cinquant’anni (vedi, ad es., le “Costituzioni” dell’OIL, OMS, FAO, UE)¹³; oppure
 - in vista del bisogno di collegare e coordinare livelli diversi di *governance* al livello nazionale e internazionale¹⁴.
- Tutti questi approcci costituzionali concordano nel ritenere che l’omc non

8. Cfr. D. Z. Cass, *The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutionalization*, in “European Journal of International Law”, vol. 12, n. 1, 2001, pp. 39-75.

9. Sulla necessità di distinguere le “funzioni di politica estera” delle norme internazionali dalle loro “funzioni di politica interna” cfr. E.-U. Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, University Press, Fribourg 1991; J. O. McGinnis, M. L. Movsesian, *The World Trade Constitution*, in “Harvard Law Review”, vol. 114, n. 2, 2000, pp. 511-605; P. M. Gerhart, *The Two Constitutional Visions of the World Trade Organisation*, in “University of Pennsylvania Journal of International Economic Law”, vol. 24, 2003, pp. 1-75, contrappone la “visione interna, economicista dell’omc” che aiuta i paesi membri ad affrontare fallimenti politici interni con la “visione esterna, partecipativa dell’omc” che aiuta i membri dell’omc ad affrontare problemi sollevati da decisioni politiche assunte in altri paesi.

10. Cfr., ad esempio, P. M. Gerhart, *The wto and Participatory Democracy: The Historical Evidence*, in “Vanderbilt Journal of Transnational Law”, vol. 37, n. 4, 2004, pp. 897-934.

11. Cfr. J. O. McGinnis, *The wto as a Structure of Liberty*, in “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 28, 2004, pp. 81-8.

12. J. Trachtman, *The Constitutions of the wto*, in “European Journal of International Law”, vol. 17, n. 3, 2006, pp. 623-46.

13. Cfr., ad esempio, E.-U. Petersmann, *Constitutional Functions*, cit.; N. Walker, *The EU and the wto: Constitutionalism in a New Key*, in G. de Búrca, J. Scott (eds.), *The EU and the wto: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford 2002, pp. 31-58.

14. T. Cottier, M. Hertig, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in “Max Planck Yearbook of United Nations Law”, vol. 7, 2003, p. 261.

dovrebbe essere semplicemente vista in termini strettamente economici (ad es. come un'istituzione che promuove benessere economico attraverso la liberalizzazione del commercio). Le norme e le politiche dell'OMC perseguono obiettivi sia *politici* che *giuridici*, i quali sono non meno importanti dei benefici economici derivanti dal libero scambio; una recente dimostrazione di ciò è fornita dalle garanzie di diritti privati al commercio e alla proprietà intellettuale, inclusi i "diritti di importare ed esportare", di accesso privato a giudici indipendenti e allo stato di diritto contenuti nel Protocollo dell'OMC del 2001 sull'accesso della Cina¹⁵. L'introduzione di mercati liberi e dello stato di diritto in Cina, incluso un sistema di tribunali commerciali indipendenti (controllati da una sezione della Corte suprema cinese specializzata in diritto dell'OMC), mostra che l'accordo dell'OMC è uno dei più rivoluzionari "accordi di trasformazione" nella storia del diritto internazionale.

3. IN CERCA DI "PRINCIPI DI GIUSTIZIA" COMUNI COERENTI

Nell'Unione Europea (UE), i diversi livelli di norme di diritto pubblico e privato, nazionale e internazionale vennero progressivamente integrati in un sistema giuridico e costituzionale comune «fondato sui principi di libertà, democrazia, rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali e lo stato diritto, principi che sono comuni agli Stati membri» (art. 6 TUE). In contrasto con questa visione del diritto europeo focalizzata sul cittadino, l'accordo dell'OMC e la maggior parte delle convenzioni ONU continuano a essere percepiti come diritti intergovernativi e obblighi tra Stati che proteggono libertà e non discriminazione nelle relazioni internazionali senza diritti individuali corrispondenti. Ancora, la legittimazione democratica di accordi intergovernativi senza clausole di salvaguardia efficaci per la protezione dei diritti umani e per processi decisionali democratici è sfidata in maniera crescente da cittadini, organizzazioni non governative e parlamenti. Il diritto, come Lon Fuller notò, ordina la vita sociale non solo attraverso «l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo di norme»¹⁶; il diritto deve anche mirare a stabilire un ordine *giusto* e procedure per una risoluzione *equa* delle controversie¹⁷.

Nella Carta dell'ONU, tutti gli Stati membri si sono obbligati «a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti [...] [dal] diritto internazionale possano essere mantenuti» (*Preambolo*), e «conseguire

15. Cfr. WTO document WT/L/432 of 23 November 2001, Part I, Section 2.

16. L. L. Fuller, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, p. 130 (ed. or. *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969, p. 96).

17. Per le critiche di Fuller alle concezioni positiviste del diritto cfr. L. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, in "Harvard Law Review", vol. 71, n. 4, 1958, pp. 630-72.

con mezzi pacifici, e in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale, la composizione o la soluzione delle controversie o delle situazioni internazionali» (art. 1). La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati esplicitamente conferma «che le controversie riguardanti i trattati devono, come tutte le altre controversie internazionali, essere risolte attraverso mezzi pacifici e in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale», includendo «il rispetto universale e effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti» (*Preambolo*). Al contrario, gli obiettivi della maggior parte degli accordi economici internazionali – ad esempio, il Fondo Monetario Internazionale (FMI), GATT, l'accordo dell'OMC, la Banca Mondiale, la FAO, l'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (OACI), l'Organizzazione marittima internazionale – sono giuridicamente definiti in termini specifici senza alcun riferimento alla “giustizia”. Poiché il “diritto internazionale fra Stati” continua a concentrarsi sulla “sovranità statale” e altri concetti basati sulla forza, gli scienziati della politica realisti enfatizzano il fatto che il sistema di diritto internazionale westfaliano protegge l'ordine giuridico fra Stati piuttosto che la giustizia tra popoli e cittadini¹⁸.

3.1. “Governance diretta da paesi membri” vs “governance giudiziaria” costituzionalmente limitata

Anche i diritti umani continuano a svolgere un ruolo marginale nella maggior parte delle controversie economiche internazionali nei tribunali di tutto il mondo (come la Corte internazionale di giustizia – ICJ) e in altri meccanismi intergovernativi di risoluzione delle controversie (come nelle centinaia di verdetto dell'organo di risoluzione delle controversie dell'OMC) e nei procedimenti arbitrali tra investitori e Stati. Il filosofo del diritto americano Ronald Dworkin inizia il suo recente libro *Justice in Robes* con la storia del giudice della Corte suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes il quale, nel tragitto verso la Corte, fu salutato da un avvocato: «Faccia giustizia, giudice!»¹⁹. Holmes replicò: «Non è quello il mio lavoro»²⁰. In maniera simile membri, giuristi e organi di conciliazione dell'OMC, sottolineano i limitati termini di riferimento

18. Sul perseguimento dell'“ordine” piuttosto che della “giustizia” nelle relazioni internazionali cfr. R. Foot, J. L. Gaddis, A. Hurrell (eds.), *Order and Justice in International Relations*, Oxford University Press, Oxford 2003; J. Thomson, *Justice and World Order*, Routledge, London 1992.

19. Il testo originale si basa su di un gioco di parole in traducibile, traente origine dal fatto che i giudici della Corte suprema degli Stati Uniti sono chiamati con l'appellativo di “Justice” (nell'originale «Do justice, Justice!», *N.d.T.*).

20. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2006, cap. 1. Per il dibattito relativo a questa frase del giudice Holmes cfr. T. Sowell, *The Quest for Cosmic Justice*, Touchstone, New York 1999, p. 169.

dei comitati di risoluzione: «Esaminare, alla luce delle disposizioni pertinenti contenute nel ([...] nome dell'accordo o degli accordi citati dalle parti della controversia), la questione sottoposta al Dispute Settlement Body (DSB) da (nome della parte) nel documento [...] e rilevare elementi che possano aiutare il DSB a formulare le raccomandazioni o le decisioni previste in tale/i accordo/i» (art. 7 IRC). Siccome la legislazione, comunitaria e statunitense, che implementa gli accordi dell'OMC esplicitamente impone ai giudici nazionali di *non* applicare direttamente gli obblighi dell'OMC nei confronti delle normative commerciali CE e del diritto commerciale federale USA, la maggior parte delle Corti nazionali in Europa e Nord America tende a ignorare le norme e le decisioni delle controversie in seno all'OMC anche dopo che il "periodo ragionevole" per il loro recepimento è terminato²¹. Che le norme intergovernative a protezione dei diritti individuali e degli interessi dei cittadini (come nella promozione dei benefici al consumatore attraverso la concorrenza nel mercato non discriminatoria) possano richiedere interpretazioni giuridiche differenti da quelle internazionali statuali è stato riconosciuto dal diritto dell'integrazione europea e dalle norme sui diritti umani dell'ONU, ma rimane fermamente contestato dai governi che sottolineano il fatto che sono gli Stati membri a dirigere le organizzazioni intergovernative e il limitato mandato delle procedure di risoluzione delle controversie intergovernative.

La maggior parte degli accordi multilaterali viene elaborata senza lavori preparatori ufficiali. Per collegare le diverse intenzioni legislative e le preferenze dei singoli Stati e dei loro negoziatori spesso si ricorre a una "ambiguità costruttiva" per raggiungere un accordo su disposizioni generali del trattato. Gli accordi economici internazionali sempre più spesso prevedono che le controversie sull'interpretazione siano decise da organi di conciliazione indipendenti. Delegare poteri a organi giurisdizionali internazionali in questo modo può andare nella direzione opposta alla diffusa concezione dei giudici come agenti passivi che applicano norme sostanziali, emanate dal potere legislativo, alle circostanze peculiari di una controversia attraverso procedure prevedibili, sicure e legittime. In assenza di un singolo "legislatore internazionale", la Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (European Court of Human Rights, d'ora in avanti ECHR) si concentrano spesso su un coerente bilanciamento dei diritti, piuttosto che su interpretazioni meramente testuali, nella disamina giudiziale sul se, ad esempio, restrizioni dei diritti «sono necessarie in una società democratica nell'interesse della salute pubblica, per la protezione dell'ordine pubblico, sanitario o

21. Cfr. E.-U. Petersmann, *Multilevel Judicial Trade Governance without Justice? On the Role of Domestic Courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System*, in M. E. Janow, V. Donaldson, A. Yanovich (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Juris Publishing, Huntington 2008.

morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri»²². Questo uso crescente, anche nella giurisprudenza dell'Organo d'Appello dell'OMC e nell'arbitrato per gli investimenti internazionali, del “bilanciamento” giudiziale di principi come il «principio di integrità nella decisione giudiziaria» di Dworkin per la giustificazione delle scelte interpretative, richiede ai giudici di guardare al diritto come l'espressione di una «concezione coerente di giustizia e di equità»²³: «Il diritto come integrità chiede ai giudici di presupporre, nei limiti del possibile, che il diritto sia costruito sulla base di un insieme coerente di principi di giustizia, di equità e di *procedural due process*, e chiede loro di applicarli ai casi nuovi che si presentano loro, in modo tale che la posizione di ogni individuo possa definirsi equa e giusta sulla base di identici criteri»²⁴.

3.2. *Procedimenti di prevenzione e risoluzione delle controversie tra cittadini: statualismo vs diritti*

Nei procedimenti di risoluzione delle controversie nelle organizzazioni universali, “concezioni di giustizia ed equità” centrate sullo Stato tendono a prevalere nell'interpretare il diritto internazionale dell'economia. La globalizzazione dei mercati internazionali e gli obblighi in materia di diritti umani di tutti gli Stati membri dell'ONU – in base al diritto dell'ONU e della legislazione regionale e nazionale sui diritti umani – implica che giudici nazionali e internazionali saranno sempre più confrontati con “principi di mercato” centrati sui cittadini e “principi sui diritti umani” che possono richiedere nuovi approcci interpretativi alle norme statualistiche del diritto internazionale. La crescente partecipazione, diretta e indiretta, di individui (come lavoratori, investitori, commercianti, consumatori) e organizzazioni non governative nei procedimenti per la risoluzione delle controversie internazionali promuove argomenti per i quali, ad esempio, la proibizione intergovernativa della discriminazione (convenzioni dell'OIL, artt. 12 e 141 Trattato CE) e le garanzie di giusto processo (IRC dell'OMC) non dovrebbero più essere costruite esclusivamente muovendo dalla prospettiva degli “interessi statali”, ma dovrebbero anche proteggere diritti (invocando le “garanzie fondamentali” delle Convenzioni dell'OIL e le “libertà di mercato” intergovernative come diritti individuali) e interessi privati (sottoponendo comunicazioni dell'*amicus curiae* all'Organo di conciliazione dell'OMC).

22. Questa “clausola di necessità” appare in numerosi articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riflette simili clausole di necessità nel diritto CE, in quello dell'OMC e di molti altri trattati internazionali e costituzioni nazionali.

23. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 212 (ed. or. *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge [MA] 1986, p. 225).

24. Ivi, p. 228 (ed. or. p. 243).

Come i rappresentanti degli Stati, le organizzazioni intergovernative e non governative e gli individui sostengono diverse prospettive ed interpretazioni *statualistiche*, *intergovernative* o *cosmopolitiche* del diritto internazionale dell'economia, così anche i legislatori e i giudici nazionali e internazionali dovranno scegliere tra le diverse concezioni positiviste e normative del diritto internazionale. Inoltre appare importante promuovere una discussione pubblica trasparente sui diversi approcci giudiziali che possono essere adottati rispetto a questioni relative alla giustizia nel moderno diritto internazionale dell'economia.

I metodi consuetudinari di interpretazione dei trattati, come codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT), impongono non solo principi giuridici formali per l'interpretazione dei trattati internazionali (come *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*); la CVDT stabilisce anche «che le controversie riguardanti i trattati devono, come tutte le altre controversie internazionali, essere risolte attraverso mezzi pacifici e in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale» (*Preambolo*). La CVDT si riferisce, *inter alia*, ai

principi di diritto internazionale incorporati nella Carta delle Nazioni Unite, come i principi riguardanti l'eguaglianza dei diritti dei popoli e il loro diritto di disporre di loro stessi, l'eguaglianza sovrana e l'indipendenza di tutti gli Stati, la non ingerenza negli affari interni degli Stati, la proibizione della minaccia o dell'impiego della forza e il rispetto universale e effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti (*Preambolo*).

Il diritto internazionale dell'economia continua a cambiare rapidamente in ragione, *inter alia*, della globalizzazione dei diritti umani, delle comunicazioni internazionali, della divisione del lavoro mondiale, dell'ambiente e delle scienze moderne (come la biotecnologia)²⁵. Il riconoscimento universale di diritti umani "inalienabili" ha introdotto nuovi tipi di ragionamento morale, giuridico e "costituzionale" nel diritto internazionale, che si distinguono dal "formalismo giuridico" riflesso in alcune "regole sul conflitto tra norme" della CVDT²⁶.

25. Cfr. E.-U. Petersmann, *Biotechnology, Human Rights and International Economic Law*, in F. Francioni (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2006.

26. Sul "formalismo" delle norme generali di diritto internazionale che coordinano il frammentato sistema bilaterale, regionale e mondiale dei trattati cfr. M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN document A/CN.4/L.682 4 April 2006. Sui valori morali e costituzionali che informano il sistema dei diritti umani cfr. C. S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1991; P. Hayden (ed.), *The Philosophy of Human Rights*, Paragon House, St. Paul 2001; D. Beylveld, R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford 2001; T. Cottier, J. Pauwelyn, E. Bürgi (eds.), *Human Rights and International Trade*, Oxford University Press, Oxford 2005; F. Abbott, C. Breining, T. Cottier (eds.), *International Trade and Human Rights*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2006.

Ad esempio l'applicazione delle biotecnologie a parti del corpo umano, ad animali, cibo e agricoltura solleva nuove questioni giuridiche (riguardanti, ad es., lo *status* giuridico di cellule staminali, embrioni, feti umani) la cui regolamentazione nazionale e regionale (Europa, Stati Uniti, paesi in via di sviluppo) può legittimamente essere differente, inducendo i giudici internazionali a praticare una certa deferenza giudiziale nel decidere controversie concernenti economia internazionale²⁷ e diritti umani²⁸. Così come il progetto sovranazionale europeo di un diritto dell'economia fu trasformato con successo in progetto costituzionale orientato al cittadino concentrandosi sulla protezione giuridica dei diritti umani e del welfare, la futura legittimità ed effettività del diritto dell'ONU e del diritto internazionale dell'economia dipenderà dalla ridefinizione dei propri "principi di giustizia" e delle strutture costituzionali in conformità con gli obblighi in materia di diritti umani di tutti gli Stati membri dell'ONU. Poiché sono principalmente i governi a violare i diritti umani dei propri cittadini costituendo il maggior ostacolo a una cooperazione reciproca per la promozione del welfare tra cittadini oltre le frontiere nazionali, sono necessarie clausole di salvaguardia internazionali non solo nelle relazioni tra Stati, ma anche per la protezione dei cittadini contro i rispettivi governi e i "fallimenti costituzionali" nazionali. Più la giustizia è riconosciuta come un obiettivo condiviso del diritto internazionale e nazionale, più verranno sollevate pretese relative alla giustizia nei processi normativi internazionali e nei procedimenti per la risoluzione delle controversie. I paragrafi seguenti forniscono una panoramica delle diverse teorie e concezioni politiche della giustizia pertinenti e definiscono il loro "nucleo costituzionale" in termini di diritti umani basilari, che in modo crescente limitano tradizioni e concezioni positivistiche del diritto internazionale basate sulla forza. Rispetto per la dignità umana, libertà fondamentali e accesso a procedure democratiche e giudiziarie "giuste" possono essere compresi come il "nucleo dello *ius cogens*" della disciplina dell'ONU relativa ai diritti umani, che richiede la riconciliazione di sovranità statale, sovranità popolare e "sovranità individuale" attraverso la re-inter-

27. Cfr. E.-U. Petersmann, *The wto Dispute over Genetically Modified Organisms: Interface Problems of International Trade Law, Environmental Law and Biotechnology Law*, in Francioni (ed.), *Biotechnology and International Law*, cit., pp. 173-200 (l'Organo di conciliazione dell'OMC del 2006 ha utilizzato il principio di "economia processuale" nei confronti di numerose questioni giuridiche controverse).

28. Ad esempio la ECHR, nella decisione resa in data 8 luglio 2004 *Case of Vo v. France* (Application No. 53924/00), ha esplicitamente lasciato aperta la questione relativa al fatto che l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto alla vita) protegga o meno anche l'embrione umano e il diritto alla vita del feto: «Non è né desiderabile, né possibile allo stato attuale, rispondere alla questione astratta se il nascituro sia una persona ai fini dell'art. 2 della Convenzione» (par. 85); cfr. Petersmann, *Biotechnology, Human Rights and International Economic Law*, cit.

pretazione, dovunque possibile, delle norme del diritto internazionale centrate sullo Stato a beneficio dei cittadini e dei loro diritti umani.

La logica utilitaristica degli economisti del commercio e il "realismo basato sulla forza" dei diplomatici statali e dei loro consulenti legali internazionali rendono difficile, all'interno di regimi economici specializzati, la discussione giuridica di questioni giudiziarie legate alla giustizia. Gli attivisti per i diritti umani affermano che la giustizia, come definita dalle norme sui diritti umani, richiede cambiamenti di grande portata nel diritto e nelle istituzioni del diritto internazionale dell'economia. Ma l'OMC, ad esempio, non ha finora risposto ufficialmente ai vari rapporti dell'Alto commissario dell'ONU per i diritti umani sugli obblighi riguardanti i diritti umani degli Stati membri dell'OMC e i deficit sui diritti umani nella prassi dell'OMC²⁹. La diversità degli approcci statali e giudiziali all'interpretazione e all'applicazione delle norme dell'economia internazionale conferma l'esigenza di un discorso più trasparente e democratico sulle funzioni costituzionali del diritto internazionale dell'economia per proteggere eguali libertà e promuovere il welfare e la cooperazione pacifica, non solo nelle relazioni internazionali tra Stati, ma anche tra privati cittadini e organizzazioni non-governative, come principale forza motrice dell'economia internazionale e delle riforme del diritto internazionale orientate ai cittadini.

4. MORALITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA?

ASPETTI MODERNI DI UN VECCHIO PROBLEMA

Moralità e giustizia si riferiscono non solo alla "virtù" o alla "vita buona" (Platone) degli individui, alla possibilità di giustificazione razionale degli atti individuali e alla risoluzione non violenta di conflitti tra individui sulla scorta di "regole giuste" e procedure giudiziali. La giustizia si riferisce anche alla moralità politica, come "l'ordine sociale e politico giusto" e la giustificabilità di quello che il filosofo americano John Rawls chiama "struttura fondamentale" delle società, ovvero il modo in cui «la costituzione politica e i principali assetti economici e sociali [...] distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale»³⁰. Secondo la filosofia kantiana, gli individui, così come gli Stati, hanno obblighi morali a trasformare lo Stato di natura senza legge esistente in una "legge universale del diritto" e nelle «condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può

29. Cfr. E.-U. Petersmann, *The 'Human Rights Approach' Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the ILO: Is It Relevant for WTO Law and Policy?*, in "Journal of International Economic Law", vol. 7, n. 3, 2004, pp. 605-28.

30. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1989, p. 24 (ed. or. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge [MA] 1971, p. 7).

accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà»³¹. Regolando le opportunità di produttori, investitori, commercianti e consumatori a incrementare il loro benessere individuale e sociale attraverso la divisione di lavoro e commercio, il diritto internazionale dell'economia inevitabilmente coinvolge questioni di giustizia normativa e giudiziale (nel senso di regole giuste e procedure eque), di giustizia distributiva (nel senso di principi che giustifichino la distribuzione dei guadagni economici) e di giustizia correttiva (nel senso di determinare e correggere guadagni impropri).

4.1. La giustizia esige una concezione liberale del diritto internazionale del commercio

C'è un largo accordo oggi – non solo tra economisti, giuristi e filosofi politici, ma anche tra i governi che rappresentano i 149 paesi membri dell'OMC e altri territori doganali cooperanti con l'OMC (come la CE, Hong Kong, Macao, Taiwan) – sul fatto che i principi basilari della libertà del commercio possano essere giustificati da tutte le teorie “liberali” (basate sulla libertà) della giustizia:

- teorie utilitaristiche che definiscono la giustizia in termini di massima soddisfazione delle preferenze individuali e del benessere del consumatore;
- teorie libertarie focalizzate sulla protezione della libertà individuale e dei diritti di proprietà;
- concetti egalaritari che definiscono la giustizia più generalmente in termini di uguali diritti umani e consenso democratico;
- teorie internazionali della giustizia basate sull'eguaglianza sovrana e sull'effettivo rafforzamento degli Stati nell'incrementare i loro sistemi di welfare attraverso il libero scambio³².

In mercati concorrenziali, il commercio internazionale volontario non potrebbe sussistere se non fosse percepito come reciprocamente favorevole dalle parti della transazione commerciale. Molti principi del diritto internazionale dell'economia liberale – inclusi i diritti sovrani di limitare “importazioni lesive” (cioè importazioni dannose per i terzi), obblighi statali per correggere i “fallimenti del mercato” e la domanda di “beni pubblici”, trattamento preferenziale di attori privati e pubblici nelle economie meno avanzate, e giurisdizione internazionale per la risoluzione pacifica delle controversie economiche internazio-

31. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1983, p. 35.

32. Per una panoramica di queste teorie, discusse più in dettaglio nei successive capitoli cfr. E. J. Garcia, *Trade, Inequality and Justice: Toward a Liberal Theory of Just Trade*, Transnational Publishers, Ardsley 2003; E.-U. Petersmann, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, in *Symposium on the Emerging Transnational Constitution*, “Loyola Law Review”, vol. 37, n. 2, 2004, pp. 407-60; E. B. Kapstein, *Economic Justice in an Unfair World*, Princeton University Press, Princeton 2006.

nali – sono giustificabili sulla base dei diritti umani, del costituzionalismo democratico, della giustizia distributiva e correttiva³³. Come risultato del riconoscimento universale dei diritti umani e della globalizzazione delle economie di mercato, le concezioni della giustizia nazionale e internazionale sono sempre più connesse e difficili da distinguere, nonostante le ovvie differenze tra gli obblighi dei governi di fronte ai propri cittadini e gli obblighi più limitati nei confronti degli stranieri. Se i conflitti sono riconosciuti come una componente inevitabile della vita (a causa di conflitti tra razionalità e passioni all'interno della mente di ogni individuo, di conflitti sulla distribuzione di risorse scarse tra individui e Stati in competizione, e di conflitti tra egoismo razionale e altruismo limitato di individui e Stati), si potrebbe addirittura definire la “giustizia come conflitto” e come una prevenzione amichevole di una controversia o risoluzione del conflitto³⁴. Da questa prospettiva, è “giusto” che il diritto dell'OMC e della maggior parte degli accordi commerciali regionali fornisca giurisdizioni obbligatorie non solo per le risoluzioni amichevoli delle controversie commerciali da parte di organi (quasi) giurisdizionali, ma anche per la prevenzione delle controversie attraverso condizioni di concorrenza non discriminatorie, negoziazioni basate sul consenso relativamente a nuove regole e consultazioni miranti alla prevenzione reciprocamente condivisa delle controversie.

4.2. Lotte per la “giustizia costituzionale” nel diritto internazionale dell'economia

La cooperazione pacifica per incrementare la produzione e la disponibilità delle risorse per l'autosviluppo personale dipende dalle regole e dalla percezione delle stesse come giuste (nel senso di giustificare una divisione del lavoro e delle regole sociali reciprocamente benefica). Dalle rivoluzioni democratiche in America e in Francia, diritto internazionale e nazionale furono percepiti in maniera crescente come lotte per i diritti individuali e la giustizia: «Il fine supremo d'ogni governo è la giustizia. E giustizia è anche il fine d'ogni civile società. Ad essa si è teso e ad essa si tenderà sempre fino a che non si perda la libertà stessa nello sforzo di conseguirla»³⁵. I primi teorici dei diritti naturali si concentrarono su un numero limitato di specifici diritti (come il diritto alla vita, alla libertà, alla

33. Cfr. Petersmann, *Theories of Justice*, cit.; Garcia, *Trade, Inequality and Justice*, cit. Entrambi gli autori criticano, seppure da prospettive differenti, il “modello del mercato efficiente” osannato dagli economisti e diplomatici del commercio per il fatto di trascurare le questioni di giustizia costituzionale, distributiva e correttiva.

34. Cfr. S. Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton University Press, Princeton 2001 (trad. it. *Non c'è giustizia senza conflitto. Democrazia come confronto di idee*, Feltrinelli, Milano 2001).

35. J. Madison, *Il Federalista*, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, il Mulino, Bologna 1980, p. 399 (ed. or. *The Federalist Papers*, Penguin, New York 1961, p. 295).

proprietà, alla felicità). Kant, rifiutando la visione di Hobbes della sovranità basata sulla forza, criticò i giuristi internazionalisti per aver trascurato il bisogno di più ampie limitazioni costituzionali dei poteri statali, non solo all'interno degli Stati ma anche nelle relazioni internazionali tra Stati così come nelle relazioni transnazionali di cittadini con i poteri stranieri³⁶. Kant combinò i concetti di ragione, libertà ed eguaglianza nell'«imperativo morale» per cui gli esseri umani, come «fini in se stessi», vanno trattati come soggetti giuridici di una più ampia definizione dei diritti di libertà quali limitazioni costituzionali agli abusi di potere³⁷. Kant fu il primo filosofo del diritto a spiegare perché complementari garanzie nazionali, internazionali e transnazionali delle libertà cosmopolitiche fossero necessarie: «Il problema d'instaurare una costituzione civile perfetta dipende dal problema di un rapporto esteriore fra gli Stati conforme a leggi, e non può venire risolto senza quest'ultimo»³⁸. Kant ha sperato che le tendenze egoistiche dell'uomo (la sua «insocievole socievolezza») sarebbero diventate «in ultimo la causa di un ordinamento legale della società stessa», mettendolo in condizione di risolvere «il massimo problema: di pervenire ad una società civile che faccia valere universalmente il diritto»³⁹.

Fino alla Seconda guerra mondiale, la giustificazione del colonialismo e dell'imperialismo da parte del diritto internazionale richiese che le acquisizioni e distribuzioni concernenti «beni sociali primari» – come «diritti e libertà, poteri e opportunità, ricchezza e reddito»⁴⁰ – potessero difficilmente essere giustificate in termini di teorie liberali della giustizia. La Carta delle Nazioni Unite mira a stabilire «condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti» (*Preambolo*); e a «conseguire con mezzi pacifici, ed in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale, la composizione o la soluzione delle controversie o delle situazioni internazionali che potrebbero porta-

36. Cfr. I. Kant, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in Id., *Stato di diritto e società civile*, Editori Riuniti, Roma 1995, pp. 175-214. Nell'ambito della filosofia del diritto, Kant fu l'unico a dedurre dall'obiettivo morale di proteggere la libertà generale individuale la necessità di un costituzionalismo nazionale, internazionale come pure transnazionale, cfr. E.-U. Petersmann, *How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?*, in «Michigan Journal of International Law», vol. 20, 1998, pp. 1-30.

37. Kant definì il diritto («Recht») come «l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà», derivante dal suo imperativo categorico morale per cui «qualsiasi azione è conforme al diritto quando per mezzo di essa, o secondo la sua massima, la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale» (I. Kant, *La metafisica dei costumi*, cit., pp. 34-5).

38. I. Kant, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in Id., *Stato di diritto e società civile*, cit., p. 105.

39. Ivi, pp. 102, 104.

40. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 67 (ed. or. p. 62).

re a una violazione della pace» (art. 1). Nell'obbligare tutti gli Stati membri dell'ONU al «rispetto e [al]l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione», incluso «il rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli» (art. 55), la Carta delle Nazioni Unite non definisce più specificamente questi doveri relativi ai diritti umani e ai «principi di giustizia» (art. 1). In campi come la decolonizzazione, l'aiuto allo sviluppo e la protezione ambientale, l'ONU ha contribuito a mutamenti di vasta portata nella promozione di una «giustizia» più forte nelle relazioni internazionali e sociali in favore dei cittadini e dei loro diritti individuali. Per ora, l'ONU ha evidentemente fallito nel realizzare il suo obiettivo di stabilire un «nuovo ordine economico internazionale» che promuova la «giustizia sociale»⁴¹.

L'evoluzione del diritto dell'economia in Europa è cambiata radicalmente dopo l'entrata in vigore del Trattato CE e le crescenti pressioni democratiche a favore degli «approcci costituzionali» basati sui diritti all'integrazione economica internazionale. A livello mondiale, l'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT 1947) e gli Accordi del Tokyo Round del 1979 furono sostituiti nel 1994 dall'accordo che istituisce l'OMC e dal suo sistema di risoluzione delle controversie estraneo alla cornice dell'ONU⁴². Nel contesto dei negoziati di Doha in seno all'OMC, istanze di giustizia relative allo «sviluppo sostenibile» e a regole più «eque» (per i sussidi all'agricoltura, per il commercio del cotone, del tessile, delle banane, per la protezione delle risorse biogenetiche) vengono sollevate da organizzazioni governative e non governative nell'ambito sia delle negoziazioni che dei procedimenti per la risoluzione delle controversie dell'OMC⁴³. Ad esempio, in risposta al rapporto dell'Organo d'Appello dell'OMC sulla sfida dell'India alle preferenze commerciali della CE per i Paesi meno sviluppati (d'ora in avanti, PMS) con programmi antidroga, la CE ha esplicitamente collegato il suo nuovo Sistema di preferenze generalizzate (SPG) al rispetto delle convenzioni sui diritti umani dell'ONU e agli standard sociali fissati dalle convenzioni dell'OIL⁴⁴. A livello mondiale (del diritto dell'ONU e dell'OMC), regionale (l'ambito degli oltre 250 accordi commerciali regionali), così come a livello bilaterale e nazionale (l'insie-

41. Cfr. E.-U. Petersmann, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier, Amsterdam 1992, vol. 1, pp. 561-6; Id., *The New International Economic Order: Principles, Politics and International Law*, in R. S. J. MacDonalld, D. Johnston, G. Morris (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen 1978, pp. 449-69.

42. Cfr. E.-U. Petersmann, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in «European Journal of International Law», vol. 6, n. 2, 1995, pp. 161-221.

43. Cfr. E.-U. Petersmann (ed.), *Developing Countries in the Doha Round*, EUI/RSC, Firenze 2005.

44. Cfr. WTO Appellate Body Report, *EC – Tariff Preferences*, Wt/Ds246/Ab/R, adottata il 20 aprile 2004, parr. 163-164). Council Regulation 980/2005 del 27 giugno 2005 sul nuovo SGP

me degli oltre 2.500 trattati di investimento bilaterale), le concezioni politiche e giuridiche della giustizia legate agli Stati sono contestate in modo crescente. I membri dell'OMC non hanno risposto alle proposte da parte dell'Alto commissario dell'ONU per i diritti umani per un approccio al commercio internazionale orientato ai diritti umani e continuano a insistere che l'OMC dovrebbe rimanere fuori dal sistema delle agenzie specializzate dell'ONU⁴⁵.

4.3. Lotte per la "giustizia correttiva" nel diritto internazionale dell'economia

L'egoismo razionale e il limitato altruismo degli individui, nonché la scarsità delle risorse in relazione a una domanda pressoché illimitata, rendono i conflitti di interesse – tra individui (ad es. tra un venditore che mette in vendita a un prezzo alto e un compratore che chiede un prezzo basso) così come tra governi (tra paesi esportatori e importatori) – inevitabili nelle relazioni economiche. Gli approcci di governi, Corti e individui all'interpretazione, applicazione e "bilanciamento" delle norme internazionali economiche con i diritti umani e altri ambiti del diritto internazionale spesso variano sensibilmente. Più i diritti umani e altri concetti di moralità politica (come giustizia, equità, sviluppo sostenibile) diventano parte integrante del diritto internazionale positivo, più vengono evocate concezioni giuridiche e giudiziali della giustizia da parte di attori governativi e non governativi per giustificare nuove modalità di creazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale. Ad esempio, l'interpretazione delle regole sovranazionali di mercato del Trattato CE come "libertà fondamentali" fu sostenuta dalla Corte di giustizia, su richiesta di cittadini comunitari appoggiati dalla Commissione CE, contro la resistenza dei governi nazionali degli Stati membri della CE; per incorporare i diritti umani nel diritto comunitario ci furono pressioni da parte di cittadini CE, tribunali della CE e nazionali, del Parlamento Europeo e delle "Convenzioni europee", piuttosto che dai governi nazionali. Per quanto riguarda l'impegno del sistema giuridico dell'OMC a partecipazioni eque al mercato (cf. artt. XVI, XXXVI GATT) e allo sviluppo sostenibile (cfr. il preambolo dell'accordo OMC), il ricorso alle procedure di risoluzione delle controversie dell'OMC e il sostegno da parte delle organizzazioni non governative sono diventati strumenti importanti non solo per la risoluzione di controversie relative all'interpretazione di diritti e obblighi dell'OMC, ma anche per il miglioramento, all'interno dell'OMC, delle posizioni durante le negoziazioni sulle nuove norme⁴⁶.

2006-2015 [2005 OJ L169/1] esplicitamente disegnato per riflettere «la natura integrale del concetto di sviluppo sostenibile» come definito dall'Organo di appello, cfr. J. Harrison, *Incentives for Development: The EC's Generalized System of Preferences, India's WTO Challenge and Reform*, in "Common Market Law Review", vol. 42, n. 6, 2005, pp. 1663-89.

45. Cfr. Petersmann, *The 'Human Rights Approach'*, cit.

46. Cfr. Id., *Strategic Use of WTO Dispute Settlement Proceedings for Advancing WTO Negoti-*

Fino ad ora, anche la teoria del diritto internazionale suggerisce che l'*adesione* al diritto internazionale dipenda dalla legittimità percepita delle norme internazionali⁴⁷ non meno che dalle analisi razionali⁴⁸ costi/benefici dei governi e dal recepimento⁴⁹ di norme internazionali nel diritto interno e nei processi di elaborazione delle politiche. Queste supposizioni sono coerenti con quelle dei politologi secondo cui i processi politici tendono a essere determinati non solo dai poteri e dagli interessi relativi agli attori (ad es. nella massimizzazione dell'utilità individuale e collettiva) ma anche da regole, istituzioni e idee, incluse le lotte politiche per la "giustizia"⁵⁰. Dalla prospettiva di cittadini e democrazie, le politiche estere e le organizzazioni internazionali possono essere comprese in un "quarto settore della *governance*" che, tanto quanto la legislazione interna, l'amministrazione e la giurisdizione, deve essere valutato nei termini del suo contributo ai diritti umani dei cittadini⁵¹. La democrazia costituzionale richiede la subordinazione delle politiche estere e il loro esercizio collettivo nelle organizzazioni internazionali a clausole di salvaguardia costituzionali simili a quelle che delimitano l'uso dei poteri nazionali. Le teorie della giustizia devono concentrarsi sull'equo trattamento degli *individui* (piuttosto che degli Stati) come unità ultime dell'interesse morale. Così come la ECHR enfatizza la necessità di un'interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) come «documento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali»⁵², allo stesso modo il diritto internazionale economico deve essere costruito con una corretta attenzione per gli obblighi di tutti gli Stati membri dell'ONU in materia di diritti umani e per gli interessi comuni dell'umanità. La CGE e la ECHR correttamente mettono in rilievo il fatto che i diritti umani vincolano a livello costituzionale i limitati poteri delle organizzazioni intergovernative in Europa, le quali devono rispettare le garanzie dei diritti

ations on Agriculture, in Id. (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 127-46.

47. Cfr. T. Franck, *The Power of Legitimacy amongst Nations*, Oxford University Press, Oxford 1990, che identifica (p. 24) i seguenti quattro maggiori fattori per la valutazione della legittimità di una norma: la sua determinatezza, il processo di normazione, la coerenza concettuale e la conformità a un sistema di norme gerarchico.

48. Cfr. L. Henkin, *How Nations Behave*, Columbia University Press, New York 1979, 2nd ed., il quale afferma che, in ragione di analisi costi/benefici, «quasi tutte le nazioni osservano quasi tutti i principi del diritto internazionale e quasi tutti gli obblighi per quasi la maggior parte del tempo» (ivi, p. 47). Questo sembra essere vero anche per tutte le norme dell'OMC.

49. Cfr. H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, in "Yale Law Journal", vol. 106, n. 7, 1997, p. 2646.

50. Cfr. ad esempio J. Goldstein, R. O. Keohane (eds.), *Ideas and Foreign Policy*, Cornell University Press, Ithaca 1993.

51. Cfr. Petersmann, *Constitutionalism and International Organizations*, cit., pp. 398-469.

52. Cfr. *Tyrer v. the United Kingdom*, sentenza del 25 aprile 1978, Series A n. 26, pp. 15-6, par. 31, e giurisprudenza successiva.

fondamentali della Convenzione come uno “strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”⁵³. In una serie di recenti pronunce, il Tribunale europeo di primo grado ha analogamente sottolineato che i poteri degli organi dell’ONU rimangono limitati dal nucleo di *ius cogens* dei diritti umani ONU⁵⁴.

5. LA GIUSTIZIA COME OBIETTIVO DEL DIRITTO NAZIONALE E INTERNAZIONALE

Per John Rawls «la giustizia è il primo requisito delle istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero»⁵⁵. La Carta delle Nazioni Unite, il Trattato UE, il Trattato del 2004 che istituisce una Costituzione per l’Europa, così come numerosi altri trattati internazionali e costituzioni nazionali, fanno riferimento alla giustizia come a un obiettivo centrale del diritto internazionale e nazionale, e riconoscono le interrelazioni tra rispetto per i diritti umani, giustizia e pace democratica. Fino a questo momento, né i governi né i giuristi sono d’accordo su una teoria della giustizia coerente per guidare individui, governi, giudici e organizzazioni internazionali nella ricerca di un ordine giuridico internazionale che protegga i diritti umani, la pace democratica e il benessere economico in maniera più efficace⁵⁶. Ad esempio, una teoria internazio-

53. Sulla giurisprudenza della CGE che sostiene che il rispetto dei diritti fondamentali sia «una condizione di legalità degli atti comunitari» cfr. ECJ Opinion 2/92 sull’adesione della CE alla CEDU, ECR1996 I-1759; Case C-84/95, *Bosphorus* ECR 1996 I-3953. Sulle funzioni costituzionali della CEDU cfr. la decisione della CEDU del 30 giugno 2005 (*Bosphorus v. Ireland*) che ha confermato, *inter alia*, «che un membro aderente è responsabile in base all’art. 1 della Convenzione per tutti gli atti e le omissioni dei suoi organi senza aver riguardo se l’atto o l’omissione in questione sia una conseguenza del diritto interno o della necessità di ottemperare agli obblighi giuridici internazionali» (par. 153).

54. Cfr. l’ampia interpretazione dei diritti umani ONU come *ius cogens* internazionale e limitazione costituzionale di poteri interstatali da parte del Tribunale CE di primo grado in Cases T-315/01 (*Kadi v. Council and Commission*) e T-306/01 (*Yusuf v. Council and Commission*), sentenze del 21 settembre 2005, in *Common Market Law Reports*, Sweet and Maxwell, London 2005, p. 1334.

55. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 21 (ed. or. p. 3). Questo riconoscimento che le istituzioni sociali riguardanti gli interessi umani fondamentali debbano perseguire la giustizia non dovrebbe essere letto deducendo che gli obblighi della giustizia dipendano dalla cooperazione sociale e che siano limitati alle nostre interazioni cooperative con gli altri. Il concetto morale della giustizia come virtù, indipendente dalle istituzioni sociali, risale a Socrate. La legislazione sui diritti umani europea e dell’ONU deriva dall’imperativo kantiano di rispettare la dignità di ogni persona, che è un requisito morale radicato nella natura delle persone e che precede la cooperazione istituzionalizzata. Buchanan fa discendere dal principio kantiano di “eguaglianza morale” un dovere morale positivo di aiutare ad assicurare che tutte le persone abbiano accesso a istituzioni giuste nazionali e internazionali che proteggano i loro diritti umani; cfr. A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, Oxford University Press, Oxford 2004, pp. 86-8.

56. T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford

nale della giustizia dovrebbe essere basata sugli approcci ai diritti umani? Sugli approcci nazionali, sopranazionali o costituzionali al diritto internazionale? Sui principi morali che stanno dietro ai diritti umani? Su “contratti costituzionali” tra individui razionali o tra rappresentanti di popoli differenti o tra Stati?⁵⁷ I governi tendono a concepire il diritto internazionale come uno strumento per promuovere *interessi nazionali*. Le organizzazioni e le Corti internazionali potrebbero vedere il diritto internazionale dalla prospettiva dei diversi *interessi delle comunità*. I rappresentanti delle organizzazioni internazionali, invece, nell’ottica della promozione di *interessi di gruppo* (di lavoratori, di popoli indigeni), di *interessi funzionali* (come la protezione dell’ambiente) e di *interessi individuali* (protetti dai diritti umani). Queste diverse prospettive potrebbero risultare contrastanti quando, ad esempio, membri permanenti del Consiglio di Sicurezza dell’ONU esercitano il loro diritto di veto per ragioni strategiche legate agli interessi statali egemonici, oppure quando Stati costieri estendono le proprie zone economiche e di pesca unilateralmente, il che spiega l’uso del diritto internazionale come uno strumento di politica che comporta lotte per i diritti tra Stati, individui e altri soggetti giuridici.

Il diritto e la filosofia dei greci e dei romani tendevano a definire la “giustizia” in termini di *principi generali* di giustizia legale sia procedurale sia sostanziale (procedure corrette, libertà ed eguaglianza), e in termini di *principi specifici* giustificanti giustizia distributiva, correttiva e reciproca in risposta a circostanze particolari (*suum cuique*)⁵⁸. Dai trattati di pace di Westfalia (1648) al crollo della divisione Est-Ovest (1989), le teorie del *diritto internazionale* si sono concentrate sulla sovranità e sul consenso degli Stati, nonché sulla costi-

1995 sottolinea che «l’equità non è qualcosa di esterno da scoprire, è un prodotto del contesto sociale e della storia» che rimane “relativo” e soggetto all’idea di Rawls di un consenso per intersezione (ivi, p. 16); «l’idea che i principi di equità e giustizia esistano in un mondo oggettivo esterno e di validità universalmente uguale, avente bisogno solo di essere scoperto dall’umanità, ha trovato un supporto decrescente tra i filosofi della morale nel mondo moderno» (ivi, p. 17). Finora, gli strumenti ONU per i diritti umani enfatizzano le correlazioni tra rispetto per diritti umani, pace e giustizia, non solo tra gli Stati ma anche nelle relazioni internazionali. Per una discussione di questa “ipotesi di pace democratica” cfr. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, cit., p. 79.

57. T. Campbell, *Justice*, Macmillan, London 2002; S. C. Kolm, *Modern Theories of Justice*, MIT Press, Cambridge (MA) 1998.

58. Cfr. C. J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, University of Chicago Press, Chicago 1963, cap. II, che descrive il concetto di giustizia di Platone come “vita buona” degli individui e “giusto ordine” dei governi sotto il controllo della ragione. In contrasto con l’attenzione di Platone per le regole generali della giustizia universale, Aristotele si concentrò più sui criteri di giustizia relativi a circostanze particolari giustificando la correzione delle ingiustizie, della giustizia correttiva e distributiva “tra i membri della cittadinanza”; cfr. D. Ross (ed.), *The Nicomachean Ethics of Aristotle*, Oxford University Press, Oxford 1959, libro V, cap. 2. Sia la filosofia giuridica greca che quella romana collegavano la giustizia più al valore della razionalità ed eguaglianza tra cittadini che alla libertà individuale come valore primario.

tuzione intergovernativa di una comunità giuridica internazionale⁵⁹. L'odierno riconoscimento – in numerose convenzioni e altri documenti regionali e mondiali sui diritti umani – della «dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»⁶⁰, suggerisce che il diritto internazionale, le politiche pubbliche e la “giustizia” debbano basarsi sull’“individualismo normativo”, cioè sull’idea per cui «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti», come riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e in numerosi altri documenti sui diritti umani. Anche nel moderno diritto internazionale dell’economia, le norme e le politiche adottate traggono la loro legittimazione principalmente dalla libertà e dal consenso individuale dei cittadini, dal rispetto per diritti eguali e da procedure eque, piuttosto che da effetti di welfare utilitaristici volti a massimizzare le “utilità” individuali e sociali e l’“efficienza economica”⁶¹.

Questo contributo prende le mosse dalla premessa giuridica che il riconoscimento universale – nelle costituzioni nazionali (ad es. l’art. 1 della Costituzione tedesca), il diritto dell’Unione Europea (l’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE), nelle convenzioni sui diritti umani regionali e mondiali e altri strumenti normativi sui diritti umani (l’art. 1 UDHR – Universal Declaration of Human Rights) – di diritti umani “inalienabili” derivanti dalla “dignità umana” richiede l’interpretazione del diritto nazionale e internazionale come un’unità funzionale per promuovere lo sviluppo autonomo individuale e democratico e la soddisfazione di beni sociali necessari per una vita degna⁶².

59. Cfr. A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien 1926; H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen 1980, p. 15: «Qualunque società, non importa quanto disorganizzata possa essere, deve avere una semplice regola costituzionale in assenza della quale non potrebbe definirsi una comunità ma semplicemente una mera aggregazione di individui. Questa è la regola secondo cui il diritto viene creato e sviluppato».

60. Questo testo del *Preambolo* della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo è stato successivamente inserito nella maggior parte delle convenzioni dell’ONU sui diritti umani.

61. Cfr. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston 1977: «Efficienza significa sfruttare le risorse in modo che il “valore” – la soddisfazione umana come misurata dalla volontà aggregata del consumatore di pagare – sia massimizzato». Per una critica della teoria di Posner della “giustizia come efficienza” e, più in generale, delle teorie utilitariste della giustizia cfr. T. Campbell, *Justice*, cit., cap. 6; Kolm, *Modern Theories of Justice*, cit., parte VI. Il padre fondatore dell’economia liberale, Adam Smith, giustificò il suo “sistema di libertà naturale” su considerazioni sia di welfare economico che di giustizia: «La giustizia, invece, è il principale pilastro che sorregge l’intero edificio. Se viene rimosso, la grande, immensa costruzione dell’umanità [...] in un attimo dovrà sgretolarsi in singoli atomi» (A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1991, p. 116; ed. or. *The Theory of Moral Sentiments*, Clarendon Press, Oxford 1976 [1790], p. 167).

62. Sul concetto di dignità umana cfr. D. Kretzmer, E. Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer Law International, The Hague 2002; E.-U. Petersmann, *Human Rights, Markets and Economic Welfare: Constitutional Functions of the Emerging UN*

Contrariamente al relativismo dei valori addotto dai *critical* e *post-modern legal studies*, il rispetto per la dignità umana come fonte di diritti umani inalienabili fornisce la fondazione di uno *ius cogens* sia nazionale che internazionale per superare la frammentazione tra gli oltre 200 sistemi giuridici nazionali e gli oltre 50.000 trattati internazionali registrati presso l'ONU. Dalla prospettiva delle democrazie nazionali e dell'UE (come unica "democrazia internazionale"), la democrazia costituzionale e il riconoscimento universale dei diritti umani offrono il quadro più convincente per una moderna teoria della giustizia internazionale che tenga conto dei bisogni giuridici e politici (illustrati da Immanuel Kant nel suo *Per la pace perpetua* del 1795) per proteggere i diritti umani non solo attraverso il *diritto costituzionale nazionale* che limita gli abusi dei poteri della politica interna, ma anche per mezzo del *diritto internazionale costituzionale* e del *diritto cosmopolitico costituzionale* che proteggano i diritti umani oltre le frontiere di fronte agli abusi di potere stranieri e internazionali⁶³. Laddove cittadini, organizzazioni della società civile e rappresentanti di Stati democratici spesso percepiscono il diritto internazionale come uno strumento di politica nella battaglia per la promozione e la protezione dei diritti umani come definiti nelle proprie rispettive costituzioni, le Corti e le organizzazioni internazionali sono giuridicamente vincolate alla difesa della supremazia del diritto internazionale su quello interno (art. 27 CVDT). Tutto ciò comprende la prevalenza dei metodi consuetudinari di interpretazione dei trattati internazionali (codificata agli artt. 31-33 CVDT) sulle interpretazioni alternative "basate su politiche governative", che possono essere sostenute da rappresentanti dei governi nazionali per promuovere interessi nazionali e il rispetto di vincoli costituzionali nazionali.

Teorie della giustizia, diritti umani e costituzionalismo⁶⁴ spesso negano che i mercati discendano inevitabilmente dalla protezione dei diritti umani. Per creare le risorse necessarie al godimento dei diritti umani, e per coordinare le autonome condotte individuali, i mercati devono essere giuridicamente costituiti al fine di limitare i "fallimenti del mercato" e fornire "beni pubblici collettivi"⁶⁵. La globalizzazione dei diritti umani non richiede solo norme costitu-

Human Rights Constitution, in Abbott, Breining, Cottier (eds.), *International Trade and Human Rights*, cit., pp. 29-67.

63. Cfr. Kant, *Per la pace perpetua*, cit.

64. In questo articolo non si distingue tra "diritti umani" e generici "diritti costituzionali" in ragione del "diritto umano a una *governance* democratica" che include il diritto dei cittadini a definire i rispettivi diritti umani nazionali e internazionali attraverso contratti costituzionali e "convenzioni costituzionali", come le due Convenzioni europee che, nel dicembre del 2000, adottarono la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Gazzetta Ufficiale della CE del 18 dicembre 2000, c364/1-21) e, nel luglio 2003, il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (la cui parte II include la Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

65. Per una critica alla mancanza di attenzione nella legislazione ONU sui diritti umani atti-

zionali nazionali, internazionali e cosmopolitiche che costituiscano e vincolino i *mercati politici* (per proteggere, ad es., i diritti umani e la domanda collettiva di altri beni pubblici). La cooperazione reciprocamente benefica tra cittadini oltre le frontiere richiede anche l'istituzione giuridica di *mercati economici* internazionali che, per promuovere il benessere dei consumatori in maniera efficiente, dovrebbe essere basata su norme non discriminatorie (relative ai diritti umani, al lavoro, agli investimenti, al commercio, alla concorrenza, alla protezione dei consumatori, all'ambiente, alle regole sociali) che limitino l'abuso del potere pubblico e privato e coordinino la divisione globale del lavoro tra produttori, investitori, commercianti e consumatori di ogni parte del mondo.

Le implicazioni giuridiche del riconoscimento universale dei diritti umani per le teorie della giustizia e per l'interpretazione degli obblighi della Carta dell'ONU rimangono controverse⁶⁶. Oltre cento trattati internazionali e altri documenti sui diritti umani adesso riconfermano e fanno rispettare, attraverso organismi di protezione nazionali, regionali e mondiali, un "nucleo inalienabile" di diritti umani⁶⁷. Quindi, come recentemente sottolineato dal Tribunale europeo di primo grado⁶⁸, esiste una prova evidente che molti dei diritti umani fondamentali elencati nella Dichiarazione del 1948 si sono evoluti in "obblighi costituzionali" (*ius cogens*) per tutti gli Stati membri e organi dell'ONU

nenti alla libertà di professione, diritti di proprietà e altre libertà economiche essenziali per ridurre la povertà inutile, e alla prospettiva autoritaria (diffusa specialmente tra gli specialisti dei diritti umani anglo-sassoni) degli individui come meri oggetti delle politiche economiche governative, cfr. E.-U. Petersmann, *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston*, in "European Journal of International Law", vol. 13, n. 4, 2002, pp. 845-51. Sulla necessaria "costituzione giuridica" della concorrenza del mercato che promuove il benessere del consumatore cfr. Id., *Theories of Justice*, cit.

66. La Corte internazionale di giustizia ha da molto tempo riconosciuto che gli Stati membri dell'ONU hanno obblighi in materia di diritti umani anche in virtù della carta dell'ONU: cfr. ad esempio *The Barcelona Traction Judgment* (ICJ Reports 1970, 32) e *The Nicaragua Judgment* (ICJ Reports 1986, 114). Tuttora, l'espansione dello scopo degli obblighi sui diritti umani in base alla Carta dell'ONU e al diritto internazionale generale richiede ulteriori chiarificazioni. Sulla necessaria reinterpretazione del diritto internazionale dalla prospettiva dei diritti umani cfr. ad esempio Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, cit.

67. Ad esempio, nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata da più di 190 Stati, gli Stati hanno riconosciuto che «le Nazioni Unite, nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nei patti internazionali relativi ai diritti dell'uomo hanno proclamato ed hanno convenuto che ciascuno può avvalersi di tutti i diritti e di tutte le libertà che vi sono enunciate». Sulle prassi ONU relative ai diritti umani cfr. *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.6, UN 2002; P. Alston, J. Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; *UN Manual on Human Rights Reporting*, UN 1997.

68. Cfr. la nota 53 e, più recentemente, le decisioni del Tribunale CE di primo grado del 12 luglio 2006 nei casi *F. Hassan v. Council and Commission* (T-49/04) e *C. Ayadi v. Council and Commission* (T-253/02).

vincolati alla Carta dell'ONU. Questa evoluzione nel diritto dell'ONU richiede "nuove interpretazioni" di alcuni dei concetti della Carta ONU tradizionalmente legati agli Stati. Richiede, ad esempio nell'interpretazione del capitolo VII, che ci si focalizzi non solo sulla "sicurezza statale" e sull'"aggressione" contro gli Stati, ma anche sul dovere di rispettare i diritti umani⁶⁹. Contrariamente all'opinione di John Rawls per cui la "giustizia internazionale" dovrebbe essere basata sull'eguale libertà dei popoli piuttosto che sull'individualismo normativo, in questo contributo si sostiene (come spiegato sotto) che i diritti umani offrono una più adeguata base costituzionale sia per la "giustizia cosmopolitica" che per quella "nazionale"⁷⁰.

6. DIFFERENZE FRA LE TEORIE DELLA GIUSTIZIA E LORO NUCLEO COSTITUZIONALE

Anche se la giustizia è riconosciuta come un obiettivo da numerosi trattati internazionali e da altrettante costituzioni nazionali, i principi giuridici e le procedure per concretizzarla frequentemente si diversificano a seconda del trattato e del paese. I diritti umani proteggono la diversità individuale e democratica. Le disposizioni nazionali e internazionali per i diritti umani mostrano una enorme varietà nelle loro definizioni giuridiche, nel bilanciamento e nell'applicazione dei diritti umani e dei corrispondenti obblighi in capo a governi e organizzazioni internazionali. Così come le tradizioni sociali, politiche e religiose possono influenzare la protezione giuridica dei diritti civili e politici, così la disponibilità di risorse naturali influenza la protezione dei diritti economici e sociali. Le teorie giuridiche della giustizia si differenziano considerevolmente secondo i valori e le visioni del mondo a esse retrostanti (ad es., quelli associati a premesse costituzionali liberali, comunitariste, repubblicane o altre). Così:

a) le teorie della giustizia basate sui diritti concedono la priorità costituzionale ai "diritti umani inalienabili" e alla limitazione dei poteri del governo al fine di proteggere l'autonomia e l'indipendenza degli individui che, come ha spiegato Kant, devono essere trattati come fini in sé e non meramente come mezzi per assicurare benefici all'altro. I libertari angloamericani (John Locke,

69. Cfr. Il rapporto della Commissione sulla sicurezza umana *Human Security Now: Protecting and Empowering People*, UN 2003, che mette in rilievo la centralità del rispetto dei diritti umani e la promozione dei principi democratici per la protezione della sicurezza dei popoli.

70. Cfr. J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino 2001 (ed. or. *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge [MA] 1999) e, per una critica minuziosa, T. Pogge, *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca 1989; Id., *The Incoherence between Rawls' Theories of Justice*, in "Fordham Law Review", vol. 72, n. 6, 2004, pp. 1739-59. Pogge argomenta che il dovere morale negativo di non nuocere ad altre persone richiede che si neghi il sostegno a norme e istituzioni internazionali che causano povertà evitabile e violazioni dei diritti umani.

Robert Nozick) si concentrano su libertà, scelte individuali e diritti di proprietà (giustizia del titolo valido). Gli altri diritti umani e i poteri dei governi legittimi tendono a essere concepiti in maniera più ristretta (essenzialmente limitati alla protezione della libertà privata, dei diritti di proprietà e dello stato di diritto) senza grande attenzione per gli effetti distributivi dei diritti di libertà e dei diritti di proprietà acquisiti⁷¹. Al contrario, il diritto costituzionale europeo nell'UE e nella maggior parte dei paesi europei (come Francia, Germania, Svizzera) protegge la formazione della personalità specificando diritti di libertà e altri diritti civili, politici, economici e sociali come diritti di una portata più ampia, soggetta a una legislazione democratica che deve proteggere e reciprocamente bilanciare i diritti umani in modo non discriminatorio, necessario e proporzionale⁷²;

b) la teoria costituzionale di John Rawls della “giustizia come equità” e della

71. John Locke giustificava i diritti di proprietà come titoli morali ai frutti del proprio lavoro considerato il valore del bene (o il valore aggiunto del bene) che veniva prodotto senza violare i diritti e i bisogni fondamentali degli altri: cfr. J. Locke, *Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, in Id., *Il secondo trattato sul governo*, Rizzoli, Milano 1998, parr. 27-41 (ed. or. *Two Treatises of Government*, Yale University Press, New Haven 2003 [1689]) dove Locke assume che, in uno stato di natura senza denaro, le persone devono limitare le proprie appropriazioni unilaterali a una quota proporzionale affinché «abbastanza, ed altrettanto buono» sia lasciato agli altri. La teoria del lavoro di Locke come giustificazione morale di un acquisto giusto della proprietà solleva numerosi problemi (cfr. J. W. Harris, *Property and Justice*, Oxford University Press, Oxford 1993). Per Robert Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, Il Saggiatore, Milano 2000 (ed. or. *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York 1974), «la giustizia nei possessi è storica» e dipende dal fatto che l'acquisizione, il trasferimento e la distribuzione dei diritti di proprietà siano stati leciti o meno dal punto di vista delle norme valide in quel momento (ivi, p. 165; ed. or. p. 152) non sul «chi alla fine possiede cosa» (p. 167, ed. or. p. 154). Nozick divide la “giustizia nei possessi” in giustizia nell'acquisizione iniziale dei possessi, giustizia nel trasferimento dei possessi e rettificazione delle ingiustizie nei possessi; giustizia distributiva significa «semplicemente che una distribuzione è giusta se ognuno ha titolo ai possessi che possiede con quella distribuzione» (ivi, p. 165; ed. or. p. 151), anche se la distribuzione delle risorse è stata distorta dalle disuguaglianze e impedisce lo sviluppo personale degli individui e il soddisfacimento dei loro bisogni fondamentali.

72. L'art. 6 UE menziona la libertà come primo principio su cui si fonda l'UE, prima del «rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto». La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2004 e il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (TCE) protegge «il diritto alla libertà ed alla sicurezza di ogni persona» (art. II-66 TCE) in aggiunta ai numerosi diritti di libertà specifici, incluso il diritto di scegliere un'occupazione e di lavorare (art. II-75 TCE), la libertà d'impresa (art. II-76 TCE) e il diritto alla proprietà (art. II-77 TCE). Sulla libertà individuale e sulle altre libertà fondamentali come principi fondanti del diritto costituzionale dell'UE cfr.: A. von Bogdandy, *Constitutional Principles* e T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, in von Bogdandy, Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., pp. 3 ss., 549 ss. Sulla protezione costituzionale di un generale diritto di libertà nell'art. 2 della Legge fondamentale tedesca cfr.: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002, cap. 7. I paesi anglosassoni di common law, mentre proteggono libertà specifiche, tendono a offrire meno protezione costituzionale alla libertà in generale e ai diritti umani economici e

“*giustizia procedurale*”⁷³ prende le mosse dall'esercizio di una scelta razionale di individui (che scelgono in una fittizia “posizione originaria” dietro un “velo di ignoranza”) per definire i diritti fondamentali e le libertà di cittadini liberi ed eguali in una democrazia costituzionale. Secondo il liberalsocialismo di Rawls, cittadini razionali assegnerebbero priorità alla massima eguale libertà come “primo principio di giustizia”, ma riconoscerebbero anche un “principio di equa eguaglianza di opportunità” e un “principio di differenza” all'interno di un sistema di diritti fondamentali eguali⁷⁴. Questi ultimi “principi secondari di giustizia” sono affermati come razionalmente necessari per definire «la distribuzione appropriata dei benefici e degli oneri della cooperazione sociale»⁷⁵ in modo da ridurre gli effetti arbitrari della distribuzione di “beni primari naturali” (come la salute individuale e l'intelligenza, le risorse naturali dei paesi) e promuovere una giusta distribuzione di “beni sociali primari” (come diritti costituzionali, reddito nazionale e ricchezza). Poiché il sistema di welfare nazionale, secondo Rawls, dipende più dalle istituzioni sociali di una nazione che dalle sue risorse naturali, ogni popolo può accordarsi su compromessi sociali e costituzionali che forniscano ai suoi cittadini i beni sociali e naturali per il soddisfacimento dei bisogni essenziali⁷⁶. Sulla scorta di tradizioni spesso non democratiche e preferenze sociali differenti, di ambizioni dei popoli e dei loro

sociali in particolare (così che le limitazioni della libertà possono non aver bisogno di giustificazione costituzionale, come in Germania e nel diritto CE).

73. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 85 (ed. or. p. 85).

74. Anche se «ogni persona ha un eguale diritto al più ampio sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti» (ivi, p. 255; ed. or. p. 250), il concetto di Rawls della massima libertà eguale è più ristretto dell'imperativo morale categorico di Kant. Le libertà uguali devono essere protette prima: «Le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere *a*) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati e *b*) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti, in condizioni di equa uguaglianza di opportunità» (ivi, p. 83; ed. or. p. 83). Questo “principio di differenza” per la distribuzione di beni primari naturali e sociali (cioè beni «che si presume ogni individuo razionale desideri», ivi, p. 67; ed. or. p. 62) è razionalmente scelto dagli individui per limitare le disuguaglianze economiche e sociali (che inevitabilmente derivano dalla diseguale distribuzione di risorse umane e altre risorse naturali) e forniscono ai gruppi meno benestanti (attraverso quello che Rawls chiama «settore per i trasferimenti» del governo) le risorse necessarie al proprio sviluppo personale. I due principi di giustizia di Rawls sono integrati da due «regole di priorità» (ivi, p. 255; ed. or. pp. 302-3): la «priorità della libertà» richiede che la libertà possa essere ristretta solo in nome della libertà; e la «priorità della giustizia rispetto all'efficienza e al benessere» richiede che opportunità eque precedano il principio di differenza, e che quest'ultimo preceda l'efficienza e la massimizzazione del benessere.

75. Ivi, p. 22 (ed. or. p. 4).

76. Cfr. Rawls, *Il diritto dei popoli*, cit., pp. 47-8, 141-60 (ed. or. pp. 37-8, 106-20): «L'elemento cruciale per la prosperità di un paese è dato dalla sua cultura politica – le virtù politiche e civiche dei suoi membri – e non dal livello delle sue risorse» (ivi, p. 156; ed. or. p. 117). Per una critica della “ipotesi di povertà meramente interna” (basata sul diffuso credo economico che “le nazioni sono artefici del proprio destino”) e del supporto di Rawls al solo obbligo morale di assistenza

governi nazionali, Rawls rifiuta di applicare il suo “principio di differenza” per la giustizia tra individui, valido all’interno delle democrazie, alle relazioni internazionali tra Stati, e accetta obblighi morali di mera assistenza agli stranieri⁷⁷. Questa concezione ristretta della giustizia internazionale elaborata da Rawls è ovviamente incoerente con il riconoscimento universale dei diritti umani, che richiede obblighi morali e giuridici agli individui e ai loro governi non solo nei confronti dei connazionali, ma anche nei confronti di stranieri all’estero⁷⁸;

c) le *teorie utilitaristiche della giustizia* giustificano libertà individuale e uguali opportunità di scambio e concorrenza tra individui non nei termini deontologici delle libertà eguali e dei contratti costituzionali, ma come un meccanismo orientato al risultato che soddisfi le preferenze individuali e realizzi benessere, nel senso della più grande felicità per il maggior numero. Finora, rimane controverso (ad es. in Hayek) se la distribuzione di beni e profitti guidata dal mercato possa massimizzare non solo utilità ed efficienza ma anche “giustizia”; si può sostenere che solo una condotta individuale possa essere “ingiusta”, non i meccanismi del mercato (ad es. prezzi del mercato, concorrenza)⁷⁹;

d) le *teorie comunitariste della giustizia* trattano tutti i valori come fissati in una particolare cultura sociale. Piuttosto che la libertà individuale, esse valorizzano la “democrazia partecipativa”, la “democrazia deliberativa” e altre proce-

internazionale cfr. T. Pogge, *World Poverty and Human Rights*, Polity, Cambridge 2003. Secondo Pogge, il sistema commerciale mondiale e i cittadini più avvantaggiati delle nazioni floride potrebbero facilmente estirpare la povertà dal mondo e devono essere considerati moralmente responsabili di “danneggiare il povero globale”, incluse molte di quelle 14 milioni di morti ogni anno derivanti da malattie collegate alla povertà.

77. Per una critica a questa posizione di Rawls, cfr. Pogge, *World Poverty and Human Rights*, cit., e Id., *Realizing Rawls*, cit.

78. Sugli obblighi relativi ai diritti umani oltre i confini di organizzazioni governative, non governative e individui cfr. A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford 2006; P. Alston (ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2005.

79. Cfr. F. A. Hayek, *The Mirage of Social Justice*, University of Chicago Press, Chicago 1976, (trad. it. *Il miraggio della giustizia sociale*, in Id., *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1989, pp. 181-364); Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, cit., parte II, sostiene che i possessi di una persona sono giusti se risultano da azioni legittime secondo regole condivise su proprietà, trasferimento e rettificazione di trasferimenti illegittimi. Le conseguenze della diseguale distribuzione iniziale della ricchezza e delle capacità umane sono trascurate. Per una critica alla propensione degli economisti a badare alle conseguenze piuttosto che alle norme cfr. G. Brennan, J. M. Buchanan, *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 1985; V. J. Vanberg, *The Constitution of Markets*, Routledge, New York 2001. Altri (come O. O'Neill, *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 282-4) sono favorevoli al fatto che l'utilitarismo conti le preferenze di ogni persona allo stesso modo e che, quindi, dovrebbe essere sensibile ai persistenti problemi di povertà nell'economia mondiale (anche se i calcoli macroeconomici falliscono spesso nel dare la priorità alle preferenze individuali secondo i bisogni umani e spesso trascurano danni esterni oltre i confini dei paesi sviluppati).

ture democratiche per la determinazione dei valori sociali e politici della comunità, come esemplificate dalla massima socialista (ad es. nell'art. 6 della Costituzione cinese del 1982) "dà a ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo il suo lavoro". Un concetto nazionale e comunitarista di giustizia economica può porre le basi per un'obiezione alla liberalizzazione del commercio internazionale, ad esempio, se i "vincitori" nazionali beneficianti dei profitti commerciali non compensano i "perdenti" che sopportano la modifica dei costi⁸⁰. Altri argomentano a favore delle teorie comunitariste della giustizia internazionale sulla scorta della realtà della divisione internazionale del lavoro⁸¹, dell'impatto arbitrario dei confini internazionali sulla distribuzione delle risorse naturali, della legislazione sui diritti umani e dell'emergere di una "comunità giuridica" internazionale. Senza badare al fatto che obblighi morali e giuridici di assistenza oltre i confini siano giustificati o meno su base utilitaristica, liberale o comunitarista, le teorie della giustizia si differenziano anche rispetto alla scelta degli strumenti di politica redistributiva. Ad esempio, esse possono offrire risposte diverse alle questioni relative al fatto che un "principio di differenza" rawlsiano possa o meno giustificare accessi preferenziali al mercato per i pms⁸², e che un equilibrio nel campo delle relazioni economiche internazionali debba o meno essere promosso principalmente attraverso trasferimenti finanziari e promozione di investimenti a beneficio dei paesi poveri⁸³;

e) le *teorie della giustizia basate sul merito* combinano le nozioni di eguaglianza, merito e "giustizia correttiva" (ad es. punizione e risarcimento per danni) al fine di "dare a ciascuno quello che gli è dovuto". La giustizia richiede il tratta-

80. Aristotele aveva già sostenuto che la giustizia come virtù riguarda solo i popoli che «hanno una quota nella costituzione» (cfr. la nota 57). Le teorie morali cosmopolitiche argomentano, al contrario, che l'imperativo categorico di rispettare "regole giuste" è fondato sul rispetto per la dignità umana di tutte le persone, rispetto indifferente ai confini nazionali.

81. Cfr. Garcia, *Trade, Inequality and Justice*, cit., secondo il quale «il predicato socioeconomico che sottolinea la necessità di una teoria interna della giustizia (cooperazione sociale che produca nuovi benefici e oneri) è presente nelle relazioni economiche internazionali», giusto come «il problema della disuguaglianza nelle assegnazioni naturali è presente sia al livello internazionale tra stati che al livello interno tra individui, e porta in maniera simile alle disuguaglianze nella distribuzione dei beni sociali risultanti come ricchezza, conoscenza e potere. Per queste ragioni, questo libro sostiene che il problema internazionale della disuguaglianza dovrebbe essere trattato allo stesso modo del problema interno, e con risultati simili, nonostante la riluttanza di Rawls» (ivi, p. 119).

82. Questa è la visione di Garcia, *Trade, Inequality and Justice*, cit., pp. 120 ss.

83. Cfr. ad esempio Kapstein, *Economic Justice in an Unfair World*, cit., capp. 3, 5 e 6. Anche Pogge, *World Poverty and Human Rights*, cit. e molti altri argomentano in favore di tasse sulle risorse globali (come la Tobin tax) per far fronte alle disuguaglianze distributive internazionali. Garcia (*Trade, Inequality and Justice*, cit., p. 145), sostiene che, mentre l'OMC è capace di realizzare giustizia distributiva attraverso modalità di trattamento differenziato per i pms, non ci sono istituzioni internazionali capaci di incamerare e redistribuire tasse internazionali.

mento degli individui come agenti razionali responsabili per le proprie azioni e la ricompensa del merito o la punizione delle condotte. Molti economisti, ad esempio, sostengono che le disuguaglianze economiche e sociali tra paesi industrializzati e meno sviluppati *non* sono il risultato di differenze innate per le assegnazioni naturali (ad es. una distribuzione arbitraria di beni naturali primari nei termini della teoria della giustizia di Rawls); piuttosto «i paesi ricchi sono tali perché i loro cittadini producono di più pro capite, non perché hanno assicurati accessi privilegiati ai beni del pianeta o alle sue risorse»⁸⁴.

La diversità delle teorie morali, giuridiche e politiche della giustizia dimostra che la realtà delle relazioni transnazionali e dell'«ordine giuridico internazionale stratificato»⁸⁵ è diventata più complessa di quanto ammettano molte teorie accademiche. Anche se il diritto internazionale continua a essere basato sulle norme orientate agli Stati che proteggono «l'eguaglianza sovrana» degli Stati (art. 2 Carta ONU), la legittimità morale deriva adesso dal rispetto della dignità e della libertà degli individui, considerati come fonti ultime dei valori e delle unità di interesse morale⁸⁶. Il riconoscimento universale dei diritti umani passa attraverso valori giuridici e morali centrali come il rispetto per la dignità umana, l'eguale valore umano, l'autogoverno democratico e l'accesso alla giustizia. Queste prerogative giuridiche di ogni essere umano, indipendenti dalla benevolenza dei governi, vanno molto oltre i principi morali e l'etica globale comune alle varie religioni e filosofie morali del mondo⁸⁷. La giustizia sta diventando una questione di diritti umani inalienabili, nazionali e internazionali, di *governance* democratica e diritto costituzionale nazionale e internazionale positivo che conferisca potere e protegga sviluppo autonomo democratico e individuale⁸⁸. La definizione di giustizia in termini di eguali diritti

84. D. Henderson, *The Role of Business in Modern World: Progress, Pressures and Prospects for the Market Economy*, Competitive Enterprise Institute, Washington DC 2004, p. 83.

85. Petersmann, *Constitutional Functions*, cit., pp. 16 ss.

86. Come la moralità e la giustizia sono basate sull'individualismo normativo, rimane controverso fino a che punto gli Stati possano essere visti come soggetti di diritti e obblighi morali internazionali (ad es. al punto che i governi agiscono come agenti morali e democratici per i cittadini individuali di uno Stato).

87. Sull'«etica globale» comune a tutte le religioni mondiali cfr. H. Küng, *A Global Ethics for Global Politics and Economics*, Oxford University Press, Oxford 1998; H. Küng, H. Schmidt (eds.), *A Global Ethics and Global Responsibilities: Two Declarations*, SCM Press, London 1998; *World Religions, Universal Peace, Global Ethics*, The Global Ethics Foundation, Tübingen 2002.

88. Sulla «giustizia come diritto umano» cfr. Campbell, *Justice*, cit., pp. 53-4. Sulla concezione degli Stati Uniti d'America dei diritti fondamentali come carte vincenti cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977 (trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982); sulla diversa concezione europea dei diritti fondamentali come principi costituzionali soggetti a bilanciamento cfr. Alexy, nota 71. Contrariamente alla tesi di Fukuyama per cui la democrazia e il capitalismo di mercato annunciano la «fine della storia», il riconoscimento univer-

umani sta diventando sempre più precisa (particolarmente nel diritto dell'integrazione europea); la giustificazione giuridica delle diseguaglianze nella distribuzione di benefici e oneri è sempre più complessa (come nel crescente numero di trattamenti speciali e differenziali degli accordi dell'OMC). La giustizia rawlsiana nel senso del «modo in cui le maggiori istituzioni sociali distribuiscono i diritti e i doveri e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale»⁸⁹ e la legislazione democratica che definisce, bilancia e implementa diritti umani e diritti costituzionali possono legittimamente differire tra gli Stati. Fino a questo momento, c'è un nucleo inalienabile di diritti umani che non può più essere legalmente eliminato dai governi, come confermato dalla giurisprudenza delle Corti nazionali ed europee sulla natura costituzionale delle garanzie nazionali, europee e dell'ONU in materia di diritti umani e nei Commenti generali del Comitato per i diritti umani dell'ONU sui limitati diritti degli Stati di sospendere unilateralmente i propri obblighi in materia di diritti umani previsti dal diritto dell'ONU⁹⁰. Oltre gli autoevidenti diritti alla vita, libertà e proprietà riconosciuti nelle democrazie costituzionali e anche nella UDHR, i maggiori problemi irrisolti sia della giustizia nazionale che di quella internazionale si riferiscono a diritti umani economici e sociali, incluso il diritto di «ogni individuo [...] a un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati» (art. 28 UDHR).

I diversi «principi di giustizia» e «metodi di giustificazione» offerti dalle moderne teorie della giustizia tendono a focalizzarsi su tre principi essenziali dei diritti umani e di «macrogiustizia» nelle società (distinta dalla «microgiustizia» dei casi individuali): 1. principi e regole per la giusta allocazione agli individui di libertà eguali, altri diritti fondamentali e beni sociali in modo da proteggere la «dignità umana» e la cooperazione pacifica tra liberi cittadini; 2. procedure eque di produzione normativa, amministrazione e giudiziaria; 3. principi per un ordine costituzionale giusto che protegga gli interessi generali dei cittadini contro i «fallimenti del mercato», così come dai «fallimenti del governo», in casa propria e all'estero.

sale dei diritti umani non ha alterato le strutture di *governance* non democratica in molti paesi così come in molti mercati internazionali. Sfortunatamente, gli strumenti ONU sui diritti umani hanno fino a questo momento fallito nell'effettivo sviluppo delle capacità dei poveri in numerosi PMS e nel proteggere i diritti umani contro lo sfruttamento da parte delle élite di governo di vari PMS (cfr. D. Acemoglu, J. A. Robinson, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2006).

89. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 24 (ed. or. p. 7).

90. Cfr. Human Rights Committee, General Comment No. 26: «5. Il Comitato è quindi fermo nella visione che il diritto internazionale non permette ad uno stato che ha ratificato o aderito o è succeduto nel Patto [sui diritti civili e politici, *N.d.T.*] di denunciarlo o di ritirarsi da esso». Sul contestato ruolo dello *ius cogens* cfr. E. Wyler, A. Papaux, *The Search for Universal Justice*, in MacDonald, Johnston, *Towards World Constitutionalism*, cit., pp. 273, 290 ss.

6.1. *Libertà eguali fondamentali come principio primo di giustizia:
il commercio giusto è il commercio liberale*

L'affermazione liberale, all'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che «gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti» è stata universalmente riconosciuta in numerosi documenti ONU sui diritti umani: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» (art. 1 UDHR). Il riconoscimento universale di un “nucleo inalienabile” di diritti umani, centrato sul rispetto della dignità e libertà umana, può essere visto come un nuovo “patto costituzionale” e, probabilmente, come *ius cogens* che sta modificando le strutture e i contenuti statualistici del diritto internazionale pubblico. Laddove il sistema di Westfalia del diritto internazionale si basava sul principio della “sovranità statale” e garantiva libertà giuridiche (nel senso hobbesiano di “assenza di impedimenti esterni”⁹¹) imponendo limitazioni giuridiche ai poteri statali, i diritti umani inalienabili alle libertà eguali precedono i poteri governativi e li limitano costituzionalmente. Anche se gli strumenti nazionali e internazionali definiscono i diritti umani in modi differenti, c'è un “consenso per intersezione” concernente un nucleo di diritti umani inalienabili, indivisibili e tassativi⁹², come i diritti alla vita, al rispetto per la dignità umana, alla libertà dalla tortura e dalla schiavitù, a non essere discriminati e alla protezione giudiziaria necessaria per il godimento di altri diritti⁹³. Questo nucleo inalienabile di diritti umani non dipende più da “esperimenti mentali contrattualistici”⁹⁴ ma è diventato parte del diritto costituzionale posi-

91. Cfr. Th. Hobbes, *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 105 (ed. or. *Leviathan*, Penguin, Harmondsworth 1988, p. 189).

92. L'indivisibilità di tutti i diritti umani è riconosciuta dal diritto UE (ad es. nel *Preambolo* della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e in numerose risoluzioni ONU universalmente approvate come la Dichiarazione di Vienna della Conferenza mondiale sui diritti umani del 1993 (cfr. par. 5: «Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi»).

93. Cfr. la recente giurisprudenza del Tribunale europeo di primo grado che definisce in senso più ampio «le disposizioni imperative concernenti la protezione universale dei diritti umani, da cui né gli Stati membri né gli organi delle Nazioni Unite possono derogare poiché essi costituiscono principi inviolabili del diritto internazionale consuetudinario» (Case T-306/01, *Yusuf*, parr. 282 ss.). Anche la CIG ha recentemente (ad es. in *Congo v. Rwanda*) confermato l'ambito di estensione delle norme perentorie del diritto internazionale che non possono essere né sospese né limitate dalle riserve ai trattati.

94. Come le due “posizioni originarie” usate da Rawls per modellare le negoziazioni su un contratto costituzionale nazionale tra parti che rappresentano i cittadini all'interno di uno Stato (Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., cap. III) e le negoziazioni su un patto costituzionale internazionale tra parti rappresentanti popoli “liberali” o “decenti” che, secondo Rawls, devono essere basati sulla tolleranza nei confronti delle società non liberali e che non possono imporre una visione liberale, cosmopolitica, di “giustizia globale per tutte le persone” (Rawls, *Il diritto dei popoli*, cit., cap. 3). Pogge (*World Poverty*, cit., pp. 246 ss., 252) e altri (come C. Beitz, *Political Theory*

tivo sia nazionale che internazionale e *ius cogens* che non può essere né sospeso né subordinato ad altri diritti né limitato da riserve⁹⁵. Le opinioni sulla portata della protezione costituzionale della libertà umana continuano a essere diverse nei sistemi giuridici nazionali e regionali e nei regimi dei trattati internazionali. Ad esempio, mentre il diritto costituzionale negli ordinamenti francese, tedesco ed europeo tende a proteggere le libertà economiche come “libertà fondamentali”, il diritto costituzionale nei paesi anglosassoni spesso protegge la “libertà di mercato” attraverso *oggettive* limitazioni giuridiche e istituzionali dei poteri governativi (come nella “clausola di commercio” all’art. 1, sezione 8 della Costituzione degli Stati Uniti) o come libertà residuali *de facto* piuttosto che come *diritti individuali*.

Mentre il nucleo delle *eguali libertà esistenziali* è riconosciuto come inalienabile, le *libertà del mercato strumentali* (incluse la libertà di importare ed esportare) e le “libertà procedimentali”⁹⁶ possono essere soggette a regolamentazione giuridica bilanciando diritti umani e interessi privati e pubblici, ad esempio per proteggere diritti umani sociali, bisogni sociali di base (“giustizia distributiva”) e sviluppo individuale nella dignità⁹⁷. Per cui le “libertà di essere” devono essere distinte dalle *libertà strumentali* (come le “libertà di avere”, produrre, acquisire, vendere o consumare) che potrebbero avere un prezzo piuttosto che “dignità” (nei termini di Kant). Inoltre, anche le libertà economiche (come la libera scelta della propria professione) e i diritti di proprietà

and International Relations, Princeton University Press, Princeton 1979, pp. 150 ss.) criticano lo statalismo di Rawls e argomentano a favore di una “posizione originaria cosmopolitica”: rappresentanti razionali degli Stati e dei cittadini individuali applicherebbero il “principio di differenza” anche alla ridistribuzione internazionale delle risorse; le disuguaglianze sociali internazionali sono, quindi, giustificabili solo se soddisfano il principio di differenza (cioè esse sono ingiuste a meno che agiscano a vantaggio dei meno avvantaggiati). L’universale riconoscimento dei diritti umani offre una diversa giustificazione giuridica della “giustizia cosmopolitica”.

95. Cfr. General Comments N. 24 and 26 of the UN Human Rights Committee, cfr. nota 67. In modo simile alle teorie dei diritti umani, il costituzionalismo e il riconoscimento universale dello *ius cogens* accentuano il bisogno di norme costituzionali di grado più alto che limitino la legislazione inferiore e i poteri del governo.

96. Cfr. Kolm, *Modern Theories of Justice*, cit., p. 13.

97. Cfr. *The Principle of Respect for Human Dignity*, Council of Europe 1999. Mentre la maggior parte delle Corti ha evitato definizioni giuridiche del concetto di “dignità umana” (relativamente al dubbio se la dignità umana dovesse essere intesa come un “valore intrinseco” inerente alla persona o come un “valore estrinseco” dipendente dal merito o dal suo risultato), la Corte costituzionale tedesca ha formulato la dignità umana non solo in termini negativi (cioè decidendo le violazioni caso per caso) ma anche adottando la “formula oggetto”: «Contraddice la dignità umana rendere l’uomo un oggetto all’interno dello stato» (*Bundesverfassungsgericht Entscheidungssammlung*, vol. 27, 1, p. 6). Sulla protezione giudiziale delle più ampie libertà uguali anche in termini di diritti di libertà economica da parte della Corte costituzionale tedesca cfr. C. Starck, *Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms*, in Id. (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Nomos, Baden-Baden 1987, pp. 20-46.

posseggono un nucleo inalienabile come prerequisito esistenziale al proprio sviluppo personale. Il rispetto per i diritti umani richiede il trattamento degli esseri umani come fini in se stessi e come soggetti giuridici piuttosto che come meri oggetti di politiche governative (o come mezzi per assicurare benefici ad altre persone). Conseguentemente, gli individui dovrebbero essere riconosciuti come soggetti giuridici in tutti i campi del diritto internazionale, così come sono riconosciuti come cittadini e possessori di diritti individuali in tutti i settori del diritto dell'UE e dalle democrazie costituzionali⁹⁸. Quindi, in contrasto con le teorie costituzionali angloamericane che concepiscono i diritti umani alla libertà rigidamente (ad es. in termini di libertà personali di base di movimento e di libertà democratiche)⁹⁹, il diritto della CE correttamente riconosce produttori individuali, investitori, commercianti, consumatori e “cittadini UE” come soggetti giuridici nella maggior parte dei campi del diritto dell'integrazione europea e protegge “le libertà del mercato” oltre le frontiere nazionali come “libertà fondamentali” all'interno della CE¹⁰⁰.

Dal punto di vista delle teorie liberali economiche e costituzionali, la protezione giuridica del libero commercio attraverso le “libertà di mercato fondamentali” tra i 25 Stati membri della CE e nei loro accordi esterni di libero commercio con altri paesi europei è un requisito di giustizia¹⁰¹, nonostante

98. Per la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht Entscheidungssammlung*, vol. 27, I, p. 6), la massima «l'uomo deve essere sempre un fine in sé si applica senza limiti per tutte le branche del diritto; poiché la dignità dell'essere umano come persona, che non può essere smarrita, consiste precisamente nel fatto che egli continua ad essere riconosciuto come una personalità autonoma». Cfr. D. Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, in “Global Jurist Frontiers”, vol. 3, n. 1, 2003, pp. 1-103.

99. Cfr. Campbell, *Justice*, cit., pp. 56-9.

100. Cfr. E.-U. Petersmann, *National Constitutions and International Economic Law*, in M. Hilf, E.-U. Petersmann (eds.), *National Constitutions and International Economic Law*, Kluwer, Deventer 1993, pp. 17 ss.

101. Cfr. Garcia, *Trade, Inequality and Justice*, cit., pp. 103 ss. e Petersmann, *Constitutional Functions*, cit., pp. 400 ss., per una spiegazione quanto al perché norme sul commercio liberali e non discriminatorie possano svolgere “funzioni costituzionali” per la promozione di “giustizia utilitaristica” (ad es. nel senso di massimizzare preferenze individuali per prezzi più bassi e generare una più ampia scelta per il consumatore, opportunità di impiego più stabili e concorrenziali, accresciuta produttività e concorrenza, innovazione tecnologica), di “giustizia libertaria” (ad es. nel senso di proteggere libertà, scelte individuali e diritti di proprietà oltre le frontiere) così come di “giustizia egitaria” (ad es. nel senso di proteggere libertà eguali, condizioni non discriminatorie di concorrenza, trattamenti preferenziali per i PMS, procedure eque per la protezione di altri diritti fondamentali e di pubblico interesse). Probabilmente, anche le regole del commercio internazionale liberale corrispondono ai due “principi di giustizia” di Rawls, che promuovono il diritto di ogni persona «alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri» (Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 66, ed. or. pp. 60-1) e trattamenti di non reciprocità e preferenziali per gli esportatori dai PMS (ad es. in conformità con la Parte IV GATT, “la

l'esigenza di regolare e bilanciare la libertà di mercato con altri diritti fondamentali dei cittadini.

*6.2. Equità procedurale come secondo principio di giustizia:
il commercio giusto esige Stato di diritto,
procedure democratiche e trattamenti preferenziali per i pms*

Per Kant, il reciproco riconoscimento della libertà individuale costituisce l'origine di tutte le altre norme giuridiche giuste¹⁰². Una volta che i cittadini hanno dato il consenso alla reciproca protezione di libertà eguali (come nella Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 1776, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789), l'obiettivo costituzionale successivo, nelle parole di Rawls, è «scegliere una costituzione e un [organo] legislativo per promulgare leggi [...], il tutto in accordo con i principi di giustizia concordati all'inizio»¹⁰³. L'equità procedurale – come riflessa in numerose garanzie dei diritti umani (come la partecipazione a elezioni e governi democratici, i rimedi procedurali contro restrizioni amministrative, incluso l'accesso a un processo giusto e pubblico in un tribunale indipendente e imparziale) – può essere vista come il secondo, fondamentale principio di giustizia, da cui dipende la legittimità di tutti i processi di produzione normativa¹⁰⁴.

L'effettività e il rispetto volontario delle norme (cioè lo stato di diritto) dipendono anche dal fatto che, socialmente, le procedure per la creazione, l'interpretazione, l'amministrazione e l'applicazione delle regole vengono percepite come eque. Le libertà economiche intergovernative mirano all'obiettivo di proteggere la libertà privata dei cittadini e degli attori economici non governativi. Economisti e giuristi hanno a lungo messo in rilievo che l'effettività e le sinergie di privato e pubblico, del commercio liberale nazionale e internazionale e delle regole economiche possono rafforzarsi a vicenda se le garanzie di diritto internazionale precise e incondizionate sulla libertà individuale (come le regole sull'unione doganale della CE basate sull'art. XXIV GATT) vengono interpretate non solo come limitazioni sovranazionali dei poteri statali ma

clausola derogatoria" del diritto dell'OMC, e le numerose clausole di "trattamento speciale e differenziato" negli accordi dell'OMC).

102. «La libertà (indipendenza dall'arbitrio costringitivo altrui), in quanto essa può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale, è quest'unico diritto originario spettante ad ogni uomo in forza della sua umanità» (Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 44). Tutti gli altri principi giuridici (come l'uguaglianza, la giustizia procedurale e altri diritti fondamentali) presuppongono la libertà giuridica di agire.

103. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 29 (parentesi aggiunte, *N.d.T.*; ed. or. p. 13).

104. Sul concetto di Rawls di "giustizia come equità" cfr. la nota 72. Sull'equità nel diritto internazionale e sulla "legittimità come equità procedurale", cfr. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, cit.

anche come *libertà individuali* direttamente applicabili che i cittadini dovrebbero avere titolo a invocare e far applicare nei tribunali nazionali¹⁰⁵. I politici del mercato, anche all'interno della CE, mostrano spesso preferenze per l'approccio orientato alla sovranità, che separa lo stato di diritto nazionale da quello internazionale presentando gli accordi dell'OMC come "affari intergovernativi hobbesiani", dato che mancano rimedi procedurali e diritti effettivi dei cittadini perché possano proteggere se stessi contro le violazioni degli obblighi dell'OMC da parte dei loro governi. Questo va in direzione contraria all'imperativo kantiano di trattare i cittadini come soggetti giuridici aventi diritto a libertà eguali, stato di diritto, scambi commerciali reciprocamente favorevoli oltre le frontiere e ad avere governi responsabili che rispettino i loro mandati limitati e lo stato di diritto.

Nel suo esaustivo studio sull'*Equità nel diritto e nelle organizzazioni internazionali*, Thomas Franck distingue equità procedurale e giustizia distributiva come due aspetti del concetto di equità. Egli descrive un "consenso per intersezione", entro la comunità giuridica internazionale, su di un numero crescente di procedure giuridiche internazionali, di regole sostanziali e di istituzioni sensibili che rispondono alle preoccupazioni per l'equità internazionale¹⁰⁶. Le teorie costituzionali della giustizia sono influenzate dalla diversità di teorie sul contratto sociale e morale. Allo stesso modo, concezioni giuridiche moderne e internazionali della giustizia procedurale variano a seconda che considerino il diritto internazionale come un diritto tra Stati, come un diritto tra popoli o come un diritto cosmopolitico di individui¹⁰⁷. Le regolamentazioni economiche nazionali e internazionali differiscono spesso a seconda delle sottostanti concezioni giuridiche e politiche di equità e giustizia distributiva. Ad esempio:

– la teoria libertaria "del titolo valido" di Robert Nozick, per la quale «una distribuzione è giusta se ognuno ha titolo ai possessi che possiede con quella distribuzione»¹⁰⁸, continua a essere invocata dagli investitori stranieri nell'arbitrato internazionale moderno sugli investimenti per giustificare i propri diritti di proprietà e le pretese di protezione, o di piena compensazione, degli investimenti nelle ex colonie;

– i diritti umani economici e sociali e il "principio maximin" di Rawls per le negoziazioni costituzionali giustificano istanze redistributive e corrispondenti obblighi governativi che spesso legittimamente si differenziano all'interno di

105. Cfr. E.-U. Petersmann, *Application of GATT by the Court of Justice of the EC*, in "Common Market Law Review", 20, 1983, p. 409.

106. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, cit.

107. D. Held, *Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty*, in "Legal Theory", vol. 8, n. 1, 2002, pp. 1-44.

108. Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, cit., p. 165 (ed. or. p. 151).

paesi a seconda del proprio diritto costituzionale, della legislazione sociale, del diritto dei diritti umani e delle risorse disponibili¹⁰⁹;

– la “giustizia transnazionale” basata su leggi costituzionali e diritti umani deve essere distinta dai diritti e doveri della redistribuzione tra Stati (“giustizia internazionale”)¹¹⁰. Le norme giuste tra gli Stati devono includere principi per una giustizia nazionale e sovranazionale (come i diritti umani) chiarendo a quali condizioni i soggetti di diritto internazionale possono pretendere legittimità. Poiché la distribuzione delle risorse naturali fra gli Stati non è meno arbitraria della distribuzione di “risorse naturali primarie” all’interno degli Stati, l’accettazione rawlsiana di diritti distributivi e obblighi all’interno degli Stati, ma solo di obblighi morali a livello internazionale (come quelli delle società più ricche di aiutare società oppresse, senza corrispondenti diritti giuridici internazionali), non è convincente. Se il “principio di differenza” rawlsiano, per cui le disuguaglianze all’accesso o alla distribuzione di “beni sociali primari” devono essere giustificabili come vantaggiose per i gruppi meno fortunati della società, viene applicato alle relazioni internazionali, può giustificare pretese da parte dei PMS o di individui bisognosi e gruppi all’interno dei PMS, di assistenza finanziaria (ad es. dal Gruppo della Banca Mondiale), per accessi non reciproci delle loro esportazioni verso mercati importanti in paesi ricchi, o altre forme di trattamento preferenziale e di protezione di esportatori e altri soggetti nei PMS¹¹¹.

Come ha osservato Franck, la legislazione ONU sui diritti umani, le conven-

109. Sul principio “maximin” cfr. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 137-42 (ed. or. pp. 152-7), per il quale individui razionali sceglierebbero quei principi di giustizia che garantiscono il massimo dei beni sociali primari nel caso in cui vi fosse la minore distribuzione di beni primari naturali. J. Mandle, *Global Justice*, Polity Press, Cambridge 2006, sottolinea che gli obblighi dei governi di proteggere i diritti umani possono legittimamente distinguere tra cittadini nazionali e stranieri.

110. Su questa distinzione cfr. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, cit., pp. 191 ss.

111. Per una discussione di queste complesse questioni cfr. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit. e Id., *Il diritto dei popoli*, cit., il quale ammette doveri morali di assistenza internazionale ma riconosce solo un diritto umano internazionale alle risorse per la sussistenza perché: a) gli Stati sono economicamente autosufficienti (cioè Stati bene ordinati che possono produrre tutti i beni di cui hanno bisogno i propri cittadini); b) gli Stati sono autonomi dal punto di vista della distribuzione (cioè possono regolare la distribuzione dei beni tra i propri cittadini); c) la tolleranza internazionale può proibire l'imposizione di standard stranieri di giustizia sovranazionale. Garcia, *Trade, Inequality and Justice*, cit., pp. 148 ss. e Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, cit., pp. 191 ss. correttamente sostengono diritti redistributivi internazionali più ampi poiché essi servono gli stessi interessi umani come altri diritti umani (come “diritti negativi” o “di sussistenza”); la giustizia richiede limiti alle disuguaglianze economiche e sociali che impediscono lo sviluppo autonomo dei popoli poveri e svantaggiati, così come standard di giustificazione più esigenti per le gravi disuguaglianze e le persistenti ingiustizie in così tanti paesi.

zioni dell'OIL, l'assistenza finanziaria fornita dalle istituzioni creditizie internazionali, il diritto del commercio internazionale e gli accordi internazionali sulle merci, la Convenzione sul diritto del mare e le convenzioni ambientali che proteggono il "patrimonio comune dell'umanità" includono tutte disposizioni che riconoscono la domanda di giustizia redistributiva e la protezione transnazionale di diritti umani economici e sociali. Questi concetti si estendono oltre quelli rawlsiani di "giustizia distributiva all'interno degli Stati" e di "assistenza internazionale tra Stati"¹¹². Finora, molti di questi accordi (ad es. la maggior parte degli accordi internazionali sulle merci) hanno fornito uno scarso contributo alla giustizia redistributiva. La persistenza di povertà estrema (più di un miliardo di persone vivono, infatti, con un dollaro o meno al giorno) e l'assenza di garanzie effettive dei diritti umani e di governo democratico, nel diritto della maggior parte delle organizzazioni a vocazione universale, suggeriscono che il sistema internazionale è lungi dal raggiungere qualunque ideale di giustizia distributiva. Se la legittimità istituzionale, come la giustizia, viene definita più pragmaticamente – *non* in termini di effettiva protezione dei diritti umani, ma in termini di prevenzione e risoluzione delle controversie attraverso regole giuste e procedure eque – poche organizzazioni mondiali oltre l'OMC posseggono una giurisdizione obbligatoria per la risoluzione delle controversie internazionali basate su libertà eguali e sul rispetto dello stato di diritto.

La ratifica poco diffusa del Patto sui diritti economici, sociali e culturali rivela un consenso sulla giustizia distributiva più debole tra gli Stati (al di là di un diritto umano alle risorse di sussistenza) che sulla protezione dei diritti civili e politici nelle relazioni internazionali. Molti PMS argomentano che – contrariamente all'assunto di Rawls che solo la "struttura fondamentale delle istituzioni sociali e politiche" *nazionale* sia rilevante per la possibilità che un popolo prosperi o meno – le strutture dell'ordine giuridico ed economico *internazionale*, non solo durante il colonialismo e l'imperialismo ma anche oggi, influenzano la distribuzione delle opportunità, dei guadagni e delle risorse tra individui, popoli e Stati con modalità spesso discriminatorie (ad es. come effetto del protezionismo commerciale che discrimina le importazioni di cotone, prodotti tessili e agricoli dai PMS). Alcune di queste disposizioni giuridiche internazionali (come gli accordi internazionali sui prodotti tessili succedutisi dal 1961 fino al 2005) furono approvate a livello internazionale anche da quegli stessi PMS che ne erano danneggiati. Ma gli attuali negoziati del Doha Round e il loro focalizzarsi su "sviluppo delle capacità" e "facilitazioni commerciali" per i PMS dimostrano che la giustizia internazionale distributiva e procedurale richiede negoziati internazionali per concentrarsi su queste disuguaglianze, così come

112. Per una panoramica delle varie aree del diritto internazionale influenzate da considerazioni di giustizia distributiva cfr. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, cit.

sugli obiettivi di sviluppo e di riduzione della povertà per la maggior parte dei paesi che, per svariate ragioni, non sono diventati prosperi e bene ordinati. Questo rimane vero nonostante i continui disaccordi nei paesi stranieri sull'allocazione dei costi per lo sviluppo delle capacità e dell'inclusione di popoli poveri o oppressi.

6.3. *Ordine costituzionale democratico come terzo principio di giustizia:
la necessità di una più ampia legittimità democratica
del diritto internazionale dell'economia*

Secondo una prospettiva che guardi ai diritti umani, tutti i poteri politici – inclusi i processi di regolamentazione internazionale e la multilivello nelle organizzazioni internazionali – devono essere democraticamente costituiti, esercitati e controllati ed essere sensibili alle domande di giustizia come definite dai diritti umani. Il consenso dello Stato può non conferire alcuna legittimità politica se il governo non rappresenta i cittadini o fallisce nel proteggere i loro diritti umani. I diritti umani riconoscono (ad es. art. 29 UDHR), a livello nazionale e internazionale, il bisogno di procedure di legiferazione democratica e di norme costituzionali che li proteggano, implementino e bilancino¹¹³. Virtualmente tutte le democrazie hanno adottato costituzioni basate sulla consapevolezza che la democrazia può rimanere sostenibile nel tempo solo come “democrazia costituzionale”. Il diritto costituzionale europeo riflette l'esperienza storica che nemmeno i *mercati economici*, non meno dei *mercati politici*, possono promuovere il benessere generale dei consumatori senza garanzie costituzionali di eguali libertà, di una concorrenza non sleale e di una democratica¹¹⁴. Tutte le democrazie applicano “filtri” (come la ratifica nazionale dei trattati e la legislazione nazionale di recepimento) prima dell'adattamento del proprio sistema giuridico interno ai trattati internazionali¹¹⁵. L'au-

113. Sull'emergente “diritto umano a una *governance* democratica” cfr. T. M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in “American Journal of International Law”, vol. 86, n. 1, 1992, pp. 46-91; G. H. Fox, B. R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; E. Stein, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, in “American Journal of International Law”, vol. 95, n. 3, 2001, pp. 489-532. Sulle ragioni per cui le democrazie costituzionali tendono a promuovere la “pace democratica” e la responsabilità per gli abusi dei poteri di politica estera, cfr. P. K. Huth, T. L. Allee, *The Democratic Peace and Territorial Conflict in the 20th Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

114. Sulla “costituzione economica” della CE e sul bisogno di protezione costituzionale delle libertà di mercato oltre le frontiere cfr. E.-U. Petersmann, *Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields*, in Cottier, Pauwelyn, Bürgi, *Human Rights and International Trade*, cit., pp. 29, 49 ss.

115. Cfr. gli studi comparatistici in J. Jackson, A. Sykes (eds.), *Implementing the Uruguay Round Agreements*, Clarendon Press, Oxford 1997.

togoverno democratico – del popolo, dal popolo e per il popolo – presuppone che i cittadini dovrebbero governarsi secondo norme giuste da loro approvate e in conformità alle decisioni democratiche della maggioranza che sono razionalmente giustificabili come implementazione di regole costituzionali condivise e protezione dei diritti costituzionali dei cittadini¹¹⁶.

Come già notato, i processi di bilanciamento democratico (ad es. in connessione con i principi costituzionali di non discriminazione, necessità, proporzionalità, giusto processo, accesso individuale alla giustizia e alla democrazia) che implementano legislazione e istituzioni possono legittimamente differenziarsi da paese a paese dipendendo dalle preferenze dei cittadini e delle loro istituzioni democratiche. Perciò, le disposizioni costituzionali e le preferenze democratiche che regolano la relazione tra diritto internazionale e nazionale differiscono tra gli Stati. Ad esempio, gli Stati membri CE accettano la libera circolazione delle persone all'interno della CE per aumentare i vantaggi comuni dell'integrazione europea. Il congresso degli USA, al contrario, continua a opporsi alla libera circolazione delle persone all'interno dell'accordo nordamericano per il libero scambio (NAFTA). Ancora, la regolazione democratica dei mercati deve rimanere guidata dai diritti umani – non solo nelle loro funzioni come *diritti individuali* (di natura “negativa”, “positiva”, procedurale o partecipativa) – e dai corrispondenti obblighi dei governi nazionali e delle organizzazioni internazionali al rispetto e alla protezione dei diritti umani; si applica anche alla funzione dei diritti umani come *principi obiettivi* dell'ordine costituzionale da rispettare da parte di attori pubblici e privati in tutte le aree del governo e dell'economia¹¹⁷. Come enfatizzato dalla ECHR, adesso i trattati sui diritti dell'uomo fanno parte di un “ordine costituzionale” obiettivo basato non esclusivamente sugli Stati, ma anche sugli individui come soggetti giuridici¹¹⁸. In modo crescente questo sta influenzando anche il diritto internazionale dell'economia.

I diritti umani, gli obblighi reciproci dei governi verso la protezione dei diritti dell'uomo e la democrazia (come una preconditione dell'effettiva protezione dei diritti umani) non si arrestano ai confini nazionali. La legislazione ONU sui diritti umani riconosce che «ogni individuo ha diritto a un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà [...] possano essere pienamente realizzati»¹¹⁹. Il nucleo di *ius cogens* sui diritti umani in espan-

116. Sui diversi concetti di autogoverno costituzionale cfr. C. L. Eisgruber, *Constitutional Self-government*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2001.

117. Sulle varie funzioni “individuali” e “obiettive” dei diritti umani cfr. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., cap. 3; Petersmann, *Human Rights and International Trade Law*, cit.

118. Cfr. ECHR, decisione *Loizidou v. Turkey* (obiezioni preliminari) del 23 marzo 1995, par. 75.

119. Art. 28 *Dichiarazione universale dei diritti umani*. Cfr. anche UN General Assembly Declaration 41/128 del 4 dicembre, 1986 sul “diritto allo sviluppo”.

sione può essere compreso come una emergente “costituzione dei diritti umani ONU”¹²⁰, anche se le strutture intergovernative del diritto dell'ONU attualmente falliscono nel proteggere effettivamente i diritti umani. Il godimento dei diritti umani dipende, anche, dalla produzione e dalla distribuzione di beni scarsi e di servizi la cui disponibilità, qualità e accessibilità può essere incrementata attraverso il commercio internazionale. La divisione del lavoro necessaria per soddisfare la domanda dei consumatori richiede regole costituzionali che limitino i “fallimenti del mercato” e permettano la domanda collettiva di “beni pubblici”, inclusa la “pace democratica”. Per questo, gli strumenti ONU sui diritti umani correttamente enfatizzano che «la democrazia, lo sviluppo e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali sono interdipendenti e si rafforzano a vicenda»¹²¹. Povertà diffusa e violazioni dei diritti umani fuori dalle trenta democrazie basate sul mercato che collaborano all'interno dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico dimostrano che questi obiettivi relativi ai diritti umani e alla democrazia costituzionale non sono effettivamente realizzati in molti Stati membri dell'ONU. In contrasto con la “clausola condizionale sui diritti umani” di appartenenza all'UE (come illustrato dagli artt. 6, 7 e 49 del Trattato UE) così come in altre organizzazioni regionali (come il Consiglio d'Europa), gli obblighi sui diritti umani degli Stati membri dell'ONU non sono né effettivamente garantite e applicate né conferiscono direttamente poteri ai cittadini in molti Stati. Finché il diritto dell'ONU non può assicurare un ordine internazionale giusto che protegga effettivamente i diritti umani, e molti Stati membri dell'ONU non rispettano gli standard democratici e i diritti umani, appare giustificato definire la legittimità e la giustizia nel diritto internazionale più modestamente in termini di prevenzione e risoluzione delle controversie attraverso norme giuste e procedure eque che promuovano i diritti dell'uomo¹²². Il giudice rimane l'ultimo custode non solo della giustizia nelle controversie concrete, ma anche dell'unità del diritto internazionale. L'impresa giudiziaria è particolarmente impegnativa in tempi dove gli strumenti giuridici nazionali, bilaterali e regionali sono sempre più usati come alternative alle regole mondiali basate sulla forza che non sono più percepite come legittime né come garanzie effettive dei diritti umani. Le continue lotte e l'infinita ricer-

120. Cfr. Petersmann, *Human Rights, Markets and Economic Welfare*, cit.

121. Dichiarazione di Vienna, nota 90, par. 8. Queste interrelazioni sono spiegate in E.-U. Petersmann, *Constitutional Economics, Human Rights and the Future of the WTO*, in “Swiss Review of International Economic Relations (Aussenwirtschaft)”, vol. 58, 2003, pp. 49-91.

122. In questo senso E.-U. Petersmann, *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*, in “University of Pennsylvania Journal of International Economic Law”, vol. 27, n. 2, 2006, pp. 273-367.

ca di giustizia da parte degli uomini sono parte di questo processo giudiziale e della necessaria trasformazione del sistema giuridico internazionale statocentrico in un ordine costituzionale che rispetti i diritti umani e gli inevitabili conflitti di interesse tra liberi cittadini nelle loro battaglie per una maggiore giustizia.