

Introduzione

di Carla Faralli

1. Sono passati quasi vent'anni dalla fine del Novecento: potrebbe sembrare un tempo sufficiente per guardarlo con quel distacco che consente di non limitarsi alla cronaca, ma non è così, perché, come scrive Paolo Grossi in uno dei suoi sempre acuti "libriccini", *Novecento giuridico. Un secolo posmoderno*¹, «le sue confinazioni non sono nette, né possono coincidere con la sua aritmetica scansione cronologica. Infatti, il giurista coglie il suo germinare in quegli ultimi decenni dell'Ottocento così gremiti di novità sotto il profilo sociale ed economico, constatando che a tutt'oggi ... il diritto sta continuando a vivere un lungo assestamento e un itinerario che non si sono ancora conclusi».

Il Novecento giuridico è per Grossi un secolo lungo, un tempo di transizione, da lui definito "posmoderno" per sottolineare che ha lasciato il terreno storico della modernità e procede nella direzione del "ritorno al diritto"². Il Novecento del diritto comincia quindi prima dell'inizio del secolo, negli ultimi decenni dell'Ottocento sotto la spinta di due fattori: il primo è l'espandersi della rivoluzione industriale, che ha avuto un impatto non solo economico ma anche sociale, il che implica il secondo, vale a dire la presa di coscienza di nuovi soggetti, portatori di interessi collettivi nuovi. La crisi dello stato borghese rigidamente monoclasse e dei suoi riduzionismi (primo fra tutti quello di riduzione di tutto

¹ P. GROSSI, *Novecento giuridico. Un secolo posmoderno*, Napoli 2011, pp. 13-14.

² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

il diritto a legge, con la conseguente riduzione dell'interpretazione a mera esegesi dei testi normativi da parte di giudici "bocca della legge") è l'inizio di un itinerario che Grossi compendia nella formula «sempre più società e sempre meno Stato».

Già sul finire dell'Ottocento cominciano le critiche allo statalismo e al legalismo da parte delle teorie antiformalistiche, dapprima in Germania e in Francia, dove la rivoluzione industriale è più avanzata, critiche che iniziano a scalfire alcuni capisaldi del positivismo giuridico formalistico, che tuttavia nella raffinata rielaborazione kelseniana rimane la dottrina prevalente per buona parte del Novecento, tranne qualche voce isolata. Tra queste, in Italia, particolarmente significativa è quella di Santi Romano, che nel 1909 dedicò il discorso inaugurale dell'anno accademico pisano al tema "Lo Stato moderno e la sua crisi". «La diagnosi di Romano è netta – scrive Grossi –, crisi perché il rapido mutamento ha incrinato le muraglie erette intorno all'edificio giuridico legale; dall'esterno i fatti sociali ed economici irrompono senza che lo Stato possa più controllarli, mentre la società si auto-ordina prescindendo dai dogmi e dai miti del diritto legale»³. Qualche anno più tardi nell'*Ordinamento giuridico* (1918) Romano sviluppa una teoria antiformalistica e antinormativistica, incentrata sul concetto di istituzione. Egli ritiene le concezioni che considerano il diritto come norma o sistema di norme "inadeguate e insufficienti" e contrappone ad esse una concezione del diritto come ordinamento, inteso come un "tutto vivente", identificato con l'istituzione, quale "ente o corpo sociale". Una tesi rivoluzionaria che pone la genesi del diritto non nel potere statale ma nella società.

Nel suo insieme, però, la cultura giuridica ha preso coscienza con ritardo dei cambiamenti evidenziati da Romano e, come si è accennato, nonostante le critiche delle teorie antiformalistiche, il positivismo giuridico è rimasto in auge per tutta la prima metà del Novecento nella forma della teoria pura di Kelsen, tranne che in Italia, dove, prevalentemente per ragioni politiche, continuò a resistere il positivismo giuridico tedesco di prima maniera, e solo

³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 9.

dopo la caduta del fascismo si aprì alla revisione kelseniana in singolare connubio con la filosofia analitica grazie all'impegno di Norberto Bobbio.

Anche nella versione kelseniana il diritto è isolato dalla società civile e il suo studio "depurato" di tutti gli elementi empirici e valutativi. Solo verso la fine degli anni Sessanta il modello di una teoria formale del diritto, cioè una teoria che studia il diritto nella sua struttura normativa, indipendentemente dai valori cui questa struttura serve e dal contenuto che essa racchiude, entra in crisi e la filosofia del diritto si apre per un verso al mondo dei valori etico-politici e per l'altro al mondo dei fatti. Una crisi sulla quale hanno influito due fatti storici particolarmente rilevanti, vale a dire l'entrata in vigore in molti Paesi delle Costituzioni dopo gli anni della guerra e dei regimi totalitari e la nascita di organizzazioni sovranazionali che dagli anni Cinquanta hanno portato dal mercato comune ad una unione politica e giuridica, quale l'attuale Unione Europea.

Il postpositivismo può essere fatto cominciare, con una certa approssimazione, sotto il primo profilo, l'apertura ai valori etico-politici, con le critiche di Ronald Dworkin ad Herbert Hart raccolte nel volume del 1977 *Taking Rights Seriously*⁴. Dworkin, in polemica con la tesi hartiana della separazione tra diritto e morale, sostiene, com'è noto, che gli ordinamenti giuridici non possono essere ridotti a mere strutture normative, e che accanto alle norme (*rules*) esistono i *principles*, che vanno al di là del diritto statuito, in quanto si riferiscono a scopi (quali il benessere della comunità) o a valori (tra cui i diritti individuali). Essi rappresentano uno standard che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione "economica, politica o sociale" desiderata, ma in quanto è un'esigenza di giustizia o di correttezza o di qualunque altra dimensione della morale.

I *principles* sono realtà eterogenee rispetto alle norme, ma sono complementari ad esse nell'ordinamento giuridico: le norme

⁴R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977 (traduzione italiana parziale a cura di G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982).

sono valide in quanto poste, mentre i principi sono validi in quanto corrispondono a esigenze morali sentite in un particolare periodo e il loro peso relativo può mutare nel corso del tempo. A questi ultimi i tribunali devono far ricorso per risolvere i casi difficili (*hard cases*), ai quali non sarebbe possibile applicare una norma senza fare un'ingiustizia.

Caduta così la rigida distinzione tra diritto e morale, che aveva caratterizzato il positivismo giuridico fino a Hart, si apre la via verso una filosofia del diritto normativa, impegnata in questioni con una forte ricaduta politica e morale, in stretta connessione con la filosofia politica e la filosofia morale.

Sotto il secondo profilo, l'apertura al mondo dei fatti, può essere considerato quale testo di riferimento il volume del 1986 *An Institutional Theory of Law*, nel quale i due autori, Ota Weinberger e Neil MacCormick⁵, sviluppano una teoria neoistituzionalistica fondata sul riconoscimento dell'inadeguatezza del positivismo giuridico che impiega nozioni "ideali", poste al di fuori del mondo dell'essere e perde di vista il fatto che il diritto è profondamente calato nella realtà.

«Ciò che noi ci proponiamo di sviluppare – affermano i due autori – è una teoria istituzionalistica del diritto che spieghi e dia conto dell'esistenza di norme, istituzioni giuridiche e altri simili oggetti ideali, e che eviti, da un lato, le trappole dell'idealismo contro il quale a ragione realisti e materialisti hanno sempre obiettato e, dall'altro lato, non cada nel trabocchetto del riduzionismo, rischio al quale le teorie realiste sono sempre esposte», risolvendo il diritto in una serie di comportamenti individuali e perdendo di vista l'elemento normativo, essenziale al fenomeno giuridico.

Per MacCormick e Weinberger il diritto si colloca sul piano dei fatti, ma non dei fatti bruti, insieme a "scarpe, navi, ceralacca o cavolfiori" bensì sul piano dei "fatti istituzionali". Questi ultimi costituiscono una categoria speciale di fatti, che hanno una propria dimensione e dignità ontologica, parallela, per così dire, alla

⁵ O. WEINBERGER-N. MACCORMICK, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986 (traduzione italiana a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano 1990).

dimensione dei fatti bruti, in quanto fatti che traggono la loro origine da regole costitutive. Ciò che poi distingue le norme giuridiche nel vasto ambito dei fatti istituzionali è l'essere le norme giuridiche funzionali a fini particolarmente rilevanti per la società, come la protezione della vita e della sicurezza dei consociati e l'allocazione dei beni, inevitabilmente insufficienti a soddisfare completamente le domande di ciascun consociato.

Lungo le due direttrici sopraindicate, apertura al mondo dei valori etico-politici e apertura ai fatti, a volte tra loro interconnesse, si è sviluppato il dibattito contemporaneo, estremamente frammentato, variegato e fluido, a volte anche disordinato e confuso, nel quale è però possibile cogliere una linea di tendenza, vale a dire la riscoperta della storicità del diritto e della sua relatività, nel senso di capacità di aderire alle trasformazioni di una società sempre più complessa e dinamica.

2. I saggi che compongono il presente volume danno conto della complessità del Novecento, tempo di transizione oltre la modernità giuridica, secondo la caratterizzazione di Grossi sopra ricordata, che non può essere ridotto sotto un'unica cifra, nel senso che si possa riunificare tutto il secolo mediante un'unica definizione, allo stesso modo con cui, ad esempio, diciamo che il XVII secolo è stato il secolo del contrattualismo – come sottolinea Tommaso Greco nel saggio *Una lotta (quasi) mortale. Diritto e potere nel Novecento giuridico*. Il Novecento è il secolo della democrazia o dei totalitarismi? È il secolo del trionfo dei diritti umani o della loro più brutale negazione? Sembra difficile sostenere, conclude Greco, che il Novecento sia stato (solo) il secolo della democrazia o (solo) il secolo dei diritti umani, oppure (solo) il secolo del totalitarismo. Anche sul fronte del diritto internazionale il Novecento ha visto sia il suo fallimento, se non addirittura la sua morte, con lo scoppio della Prima Guerra Mondiale, sia un totale mutamento di scenario nell'ultima parte del secolo. Come ricorda Carlo Nitsch nel saggio *“Arma” e “leges”. Note sul diritto internazionale nelle Pagine sulla guerra di Benedetto Croce*, il filosofo napoletano negli anni della guerra dichiarava che le violazioni del diritto internazionale «non annullano la sua validità, e

tutt'al più ne interrompono per qualche tempo l'opera sapiente e benefica». Tutto ciò rimanda alle riflessioni sull'ordine giuridico internazionale proposte da Kelsen e da Schmitt, messi, anche su questo tema, in dialogo da Massimo La Torre nel saggio *Il festino di pietra. Carl Schmitt come ammonitore*.

Proprio sulle opposizioni che caratterizzano il Novecento si sono concentrati gli autori di gran parte dei saggi del presente volume.

Giorgio Torresetti, nel saggio *L'età dei totalitarismi. H. Arendt e S. Weil: un'ipotesi di ricerca*, analizza il pensiero delle due grandi pensatrici, che non solo hanno vissuto direttamente la tragedia del totalitarismo, ma ne hanno anche saputo ricavare in maniera nitida, anche se differente, categorie culturali feconde per una piena comprensione ed un superamento, considerando il totalitarismo come un evento tutt'altro che isolato e marginale nel contesto della cultura occidentale, ma piuttosto come una sorta di spartiacque che ha segnato il passaggio ad una nuova epoca storica. La nuova epoca storica è quella dello Stato costituzionale, su cui riflette Andrea Porciello nel saggio *La formula di Radbruch. Novecento e dimensione ideale del diritto*, dedicato alle tesi proposte da Alexy a partire da Radbruch sulla connessione tra diritto e morale, la crisi del positivismo giuridico e la teoria dei diritti fondamentali come principi. Ad una rilettura non ideologica degli studiosi del periodo fascista in Italia invita Alberto Scerbo, che nel saggio *Prime note sulla controversa relazione della filosofia del diritto italiana con il fascismo* rileva che è in gran parte mancata un'indagine critica per comprendere il legame tra formulazioni concettuali e posizione politiche e tra scelte pratiche di natura ideologica e asservimento del pensiero.

L'opposizione totalitarismo/democrazia rimanda a quella violazione dei diritti/riconoscimento dei diritti. Il Novecento – scrive Francisco Javier Ansuátegui Roig nel saggio *L'età dei diritti al di là dei doveri* – è anzitutto il secolo delle grandi violazioni dei diritti: basti pensare all'olocausto e alle due guerre mondiali. Gli fa eco Marina Lalatta Costerbosa nel saggio *Il Novecento del diritto e le disavventure della dignità*, che indica nell'impiego dell'atomica e del programma genocidario nazista i due momenti di mas-

sima depressione umana e di somma raccapricciante violenza, al cui cospetto non si è solo di fronte al male ma si esperisce. Il Novecento è però anche il secolo del progressivo consolidamento della coscienza dei diritti e della cristallizzazione di meccanismi nazionali e internazionali di tutela dei diritti: è il secolo in cui la dignità umana, per riprendere le parole di Marina Lalatta, dopo le tante violazioni, si accredita come minimo comune etico, e la sua indeterminatezza diventa un punto di forza che favorisce la convergenza politica. Orsetta Giolo, nel saggio *Il Novecento dei diritti e delle critiche al diritto*, analizza alcune teorie quali il giusfemminismo, i *disability studies*, gli studi postcoloniali, la teoria critica della razza, i *queer studies*, che, al fine di progettare una soggettività giuridica inclusiva delle differenze e delle specificità, hanno promosso la decostruzione del soggetto di diritto classico e una teorizzazione di una soggettività plurale. In questo quadro di colloca anche il saggio di Carlo Sabbatini, *Il diritto su di sé (1908): la prima uscita pubblica di Kurt Hiller*, che ricostruisce il dibattito tedesco sull'omosessualità tra Otto e Novecento.

Il Novecento, come osserva sempre Ansuátegui Roig, è altresì il secolo in cui si è sviluppato un movimento di critica ai diritti. Vito Velluzzi, nel saggio *Dietro la maschera. Abuso del diritto soggettivo e interpretazione*, ne parla sul versante dell'abuso del diritto soggettivo, che paragona a un fiume carsico nella cultura giuridica contemporanea, o meglio a una figura che ha assunto le sembianze dell'Araba Fenice, e di cui sottolinea l'utilizzo soprattutto nei ragionamenti compiuti dai giudici. Queste considerazioni rimandano al saggio di Baldassare Pastore, *Teoria del diritto e riabilitazione della filosofia pratica*, in cui l'autore, citando Grossi, rileva che la crisi del monismo legislativo ha messo in discussione tutta la configurazione del sistema, prima centrato sulla unitarietà e verticalità gerarchica della produzione giuridica nelle mani del legislatore, ora affidata a una pluralità di fonti e di soggetti con conseguente mutamento dell'attività interpretativa da attività meramente dichiarativa, basata sull'autoevidenza e autosufficienza del testo legislativo, a momento cruciale nel processo di positivizzazione giuridica.

Concludo, così come ho aperto, con parole tratte da *Novecen-*

to *giuridico* di Grossi: «La crisi che pluralizza e de-tipicizza le fonti è uno scossone violento per il giurista avvezzo fino a ieri al ferreo legalismo che ridondava un'altrettanto ferrea gerarchia delle fonti, tanto soffocante per l'esperienza giuridica quanto per lui tranquillizzante. La struttura gerarchica garantiva ordine e certezza, mentre – ormai da qualche decennio – l'odierno giurista fa i conti con un assembrarsi di fonti confuso e disordinato. C'è di che essere sgomenti. Si è consapevoli di vivere un momento di transizione, ma il suo trascinarsi nella lunga durata impedisce di vedere un approdo e soprattutto di conoscere a quale punto del guado ci troviamo. Il secolo lungo non è ancora terminato e il suo distendersi non è ancora riuscito a disegnare linee certe per il nostro paesaggio giuridico. Il posmoderno ci sommerge ancora con le sue acque agitate. Forse, tra i giuristi, il meno sgomento è proprio lo storico del diritto, abituato come nessun'altro al movimento e al mutamento, conscio che disordine e confusione sono un prezzo, pur oneroso, da pagare per rimuovere i lacci insostenibili del recente passato e proiettarsi in un cammino di rifondazione ... viviamo cioè un momento quando si demolisce per riedificare ed è necessariamente un tempo difficile. Si deve però aggiungere: necessariamente anche fertile, nel quale siamo chiamati a ricercare i non pochi presagi di futuro e i non pochi germi allignanti intorno a noi»⁶.

Oltre gli storici, anche i filosofi del diritto, a giudicare dai testi del presente volume, si dimostrano pronti ad affrontare questo "cammino di rifondazione".

⁶P. GROSSI, *Novecento giuridico*, cit., pp. 72-74.

*L'età dei diritti, al di là dei doveri**

di Francisco Javier Ansuátegui Roig**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sull'età dei diritti e sulla loro revisione. – 3. Diritti e progresso morale. – 4. Doveri ed efficacia dei diritti. – 5. Doveri e diritto orizzontale. – 6. Diritti, conservatorismo e ambito morale.

1. *Premessa*

Se dovessimo delineare i tratti tipici di un “Novecento del diritto” ed individuare elementi che consentano di coglierne alcune caratteristiche peculiari, potremmo farlo, a ben vedere, in modi fra loro molto diversi.

* Questo lavoro deriva da un intervento presentato al Convegno di Studi “Novecento del diritto”, tenutosi all’Università di Macerata il 23 gennaio 2018 e organizzato dal Prof. Adriano Ballarini, che ringrazio, ancora una volta, per il suo cortese invito. Successivamente, ho avuto l’occasione di discuterlo presso le Università di Salerno, Catanzaro e Las Palmas de Gran Canaria, con colleghi che mi hanno avanzato osservazioni e commenti piuttosto graditi e che ringrazio. Una versione ridotta del lavoro è stata pubblicata, con il titolo “*¿De los derechos a los deberes?: una primera aproximación*”, su *Soft Power. Revista euroamericana de teoría e historia de la política y el derecho* e nel volume *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, curata dalla Professoressa Laura Miraut ed edita da Dykinson. Ringrazio i Professori Lorenzo Milazzo e Andrea Porcello per i commenti e per la traduzione in italiano di versioni preliminari. La traduzione finale è di Alessandro Di Rosa.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

Parlare di un “Novecento del diritto”, viene da sé, implica assumere un determinato punto di vista. Il Novecento – oltre al suo significato strettamente cronologico – non viene percepito allo stesso modo in qualsiasi contesto culturale. Pertanto, assumendo la prospettiva della cultura giuridica, è indubitabile che il “discorso dei diritti” sia stato protagonista di capitoli importanti del “secolo breve” del quale parlava Eric Hobsbawm¹. Di sicuro l’*età dei diritti* alla quale si riferiva Bobbio non si identifica con il Novecento, ma piuttosto affonda le sue radici nella cultura dell’Illuminismo e delle grandi rivoluzioni liberali della fine del XVIII secolo. Ma il Novecento è un episodio importante in questa “età dei diritti”. Tuttavia, la relazione tra Novecento e diritti, e il protagonismo di questi ultimi, può essere oggetto di diverse interpretazioni.

Infatti, il Novecento è innanzitutto il secolo delle grandi violazioni dei diritti: basti pensare all’olocausto e alle due guerre mondiali. Al contempo, è il secolo del progressivo consolidamento della coscienza dei diritti e della cristallizzazione di meccanismi nazionali e internazionali di tutela dei diritti. È il secolo del costituzionalismo dei diritti. Ma è anche il secolo in cui, oltre a tutto ciò, si è sviluppato un movimento di critica ai diritti. Non voglio dire che prima non siano state sollevate critiche, di svariata natura, ai diritti: si pensi, ad esempio, a De Maistre, a Burke, a Bentham, a Marx, o alle encicliche papali del secolo XIX². Quel che intendo dire è che nel Novecento si articolano critiche incentrate non tanto sullo screditamento dell’idea stessa dei diritti, ma volte piuttosto a rilevare l’inadeguatezza di quello che potremmo denominare “il discorso dei diritti”, sottolineandone ad esempio la necessaria complementarità con quello dei doveri (e in alcuni casi auspicandone la sostituzione con quest’ultimo) o denunciando la sua incapacità di cambiare effettivamente la realtà e di realizzare

¹ Cfr. E. HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph, London 1994.

² Cfr. B. BINOCHE, *Critiques des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989; G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995, pp. 59-98; J. WALDRON, *Nonsense Upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London-New York 1987.

determinate condizioni di giustizia sociale (parafrasando Bobbio, si potrebbe forse parlare a questo riguardo di «promesse non mantenute dei diritti»³), il suo uso ideologico o politico, il suo carattere in fondo “occidentale” e la sua incapacità di assumere la pluralità culturale e morale del nostro mondo con il conseguente fallimento della sua pretesa di universalità, o la sua tendenza espansiva e inflazionistica.

A partire da queste considerazioni, si potrà osservare che il discorso dei diritti ha molti fronti aperti. Forse non è corretto parlare di nemici dei diritti in tutti i casi. Ciò che però è certo è che si tratta di questioni alle quali si deve far fronte in vario modo, tanto sul piano argomentativo quanto su quello pratico. Il “coraggio dei diritti”, di cui ha parlato Stefano Rodotà⁴, è un’esigenza su entrambi i piani. È vero che la rivendicazione del discorso dei diritti esige una certa divisione del lavoro. Non intendo alludere ovviamente alla divisione di responsabilità fra i diversi poteri dello Stato, ma piuttosto alle diverse responsabilità che sono associate rispettivamente al lavoro intellettuale e a quello pratico. L’uno ha bisogno dell’altro: la teoria prodotta volgendo le spalle alla realtà corre il rischio di rivelarsi inutile; la pratica che manca di un solido fondamento teorico e di un adeguato sostegno argomentativo corre il rischio di risultare priva di direzione

È evidente che in questa occasione non è possibile affrontare tutti gli aspetti problematici del discorso dei diritti. Mi soffermerò pertanto su alcune proposte che rivendicano la maggior rilevanza e superiorità normativa del discorso dei doveri in relazione al discorso dei diritti.

Prima, però, è opportuno fare riferimento alla dimensione emotiva del discorso che stiamo per affrontare e che, senza dubbio, condiziona la riflessione. Tale emotività riguarda sia i diritti che i doveri. È vero che essa spiega una certa “presunzione” contro ogni discorso critico o alternativo sui diritti, giacché si ritiene che tale discorso, nel prosperare, può lasciare senza protezione gli in-

³ Come è noto, Norberto BOBBIO parlava delle «promesse non mantenute della democrazia» ne *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1994.

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 76.

dividui, togliendo loro la “corazza normativa” più resistente della modernità: il riconoscimento come diritti. È forse questa stessa emotività che si nasconde dietro un certo timore a utilizzare un discorso alternativo a quello dei diritti, in questo caso quello dei doveri, oltre che dietro tutti i termini proposti come sostitutivi: responsabilità, solidarietà ... Ciò esige un determinato sforzo di razionalità e argomentazione nel presentare sia posizioni “a favore” del discorso dei diritti, sia “critiche” o “alternative” allo stesso. In questo senso, è opportuno ammettere sin dall’inizio che non ogni critica ai diritti, ogni proposta di un discorso complementare, deve essere intesa come uno screditamento del discorso dei diritti.

2. *Sull’età dei diritti e sulla loro revisione*

Il volume *L’età dei diritti* di Norberto Bobbio, pubblicato nel 1990, rappresenta un fondamentale punto di riferimento per chiunque abbia interesse al discorso dei diritti. Nell’opera, Bobbio giustificava in termini storici e razionali la possibilità d’identificare il nostro tempo come l’età dei diritti. Un tempo che presuppone il consolidamento giuridico di tutta una serie di conquiste morali, nonché la conseguente creazione di strutture politiche e istituzionali, nazionali e internazionali, preposte a garantire tali conquiste, cosicché è oggi possibile affermare, con parole di Eduardo Rabossi, che i diritti costituiscono un “fatto del mondo”⁵. Al contempo, l’età dei diritti è stata l’espressione di un determinato progresso morale dell’umanità⁶. Infatti, per Bobbio abbiamo assistito ad una “rivoluzione copernicana” caratterizzata da un’alterazione degli elementi ultimi dell’organizzazione sociale⁷. Se i gruppi sociali si

⁵ Cfr. E. RABOSSI, *La teoría de los derechos naturalizada*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 1990, p. 161.

⁶ Cfr. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 50.

⁷ Cfr. la descrizione di L. BACCELLI, in *Norberto Bobbio: a era dos direitos sem fundamento*, in G. TOSI (ed.), *Norberto Bobbio. Democracia, direitos humanos, guerra e paz.*, II, Editora da UFPB, Joao Pessoa 2013, pp. 105-137, p. 137.

erano tradizionalmente organizzati in funzioni di codici di doveri, la modernità implica un «*capovolgimento radicale* nella storia secolare della morale»⁸, che consiste in un'inversione della relazione tra diritti e doveri. Inversione che si rifletterà progressivamente al di là del discorso morale, nelle Dichiarazioni dei diritti della fine del XVIII secolo, nelle costituzioni democratiche e nei testi di diritto internazionale dei diritti umani.

Ciò premesso, oggi pare che l'idea dell'età dei diritti stia subendo una revisione, che rivendica un certo “ritorno dei doveri”⁹. In questo senso, si crede che i diritti non possano continuare a svolgere le funzioni che hanno svolto in precedenza nel sistema giuridico e politico; e che la teoria dei diritti non sia poi così pacifica e ben strutturata come potrebbe apparire, presentando essa problemi interni di difficile risoluzione che condizionano la piena effettività dei diritti. A ciò si potrebbe inoltre aggiungere un ulteriore elemento: la storia dei diritti non è così lineare e unidirezionale come i difensori dei diritti hanno voluto mostrare.

In effetti, la funzione limitativa svolta dai diritti all'interno dei sistemi giuridico-politici delle democrazie costituzionali, e che in ultima istanza si concretizza nel controllo del potere legislativo mediante il vaglio di costituzionalità, in alcuni casi non appare come un'esigenza propria di un sistema che assume la garanzia dei diritti come *ultima ratio*, ma come una disfunzione dello stesso¹⁰. La legittimità della giurisdizione costituzionale è messa in questione. Per altri versi, si denuncia l'inesistenza di una teoria giuridica dei diritti che sia capace di offrire una proposta uniforme sul concetto di diritto e di spiegare alcuni aspetti fondamentali della posizione assunta dai diritti all'interno dell'ordinamento. Pensiamo alla distinzione tra regole e principi, alle critiche – teo-

⁸N. BOBBIO, *Il primato dei diritti sui doveri*, in ID., *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, Torino 1999, p. 432.

⁹Cfr. T. GRECO, *Il ritorno dei doveri*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 1, 1, 2012.

¹⁰Cfr. J. WALDRON, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993; ID., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

riche e pratiche – al concetto di diritto soggettivo¹¹ o al carattere problematico dei diritti sociali, percepiti come diritti di carta o come diritti troppo costosi¹². A ciò si dovrebbe aggiungere che, a partire dal divario tra il significato del discorso dei diritti e la realtà politica, economica e sociale, si delinea il crepuscolo di un discorso che ha mostrato – si dice – la sua incapacità di cambiare tale realtà. Uno degli elementi di tale fenomeno ha a che fare con l'insostenibile affermazione dell'universalità dei diritti. O meglio, con l'idea per cui è proprio la realtà a dimostrare che i diritti non sono universali e che, cosa ancora più grave, non possono esserlo¹³. Perché il mondo è così plurale e diversificato che non è possibile individuare elementi comuni attraverso cui sostenere tale pretesa universalità¹⁴. In definitiva, il discorso dei diritti, ed in particolare dei diritti intesi come diritti universali, costituirebbe un discorso fallace. Le crisi presunte dell'età dei diritti e dell'universalità dei diritti possono essere analizzate congiuntamente. Credo che, tanto dal punto di vista concettuale, quanto da quello pratico, sia possibile instaurare delle connessioni. Detto altrimenti, per i critici i problemi dell'universalizzabilità dei diritti costituiscono un elemento che, insieme ad altri, contribuisce a certificare la crisi dell'età dei diritti.

Prima di andare avanti, però, credo possa essere utile distinguere tra l'idea di crisi dell'età dei diritti e quella di fine dell'età dei diritti, giacché probabilmente esse hanno un significato diverso. Parlare di crisi dell'età dei diritti non implica necessariamente attestarne la fine. Casomai, si fa riferimento – in accordo con l'etimologia della nozione di “crisi” – ad un momento di trasformazione, motivato ad esempio dalla necessità di affronta-

¹¹ Dal punto di vista teorico, cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano 1996.

¹² Ho trattato questa questione in F.J. ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014.

¹³ Cfr. F.J. ANSUATEGUI ROIG, *Universalità dei diritti: un paradigma complesso*, in *Dianoia. Rivista di Filosofia*, 22, 2016, pp. 197-222.

¹⁴ C. LUZZATI ha trattato di queste critiche ne *Il formalismo dei diritti*, in *Etica&Politica*, 15, 1, 2013, pp. 52-86.

re in modo più sofisticato nuovi problemi e nuove situazioni e anche, non lo si dimentichi, di rinnovare il discorso teorico; e da ciò nascerebbe il bisogno di adeguare i modelli di organizzazione plasmati sui diritti a tali situazioni. Il che ci consentirebbe di continuare a parlare di diritti. E dico “continuare a parlare di diritti” perché dopo alcune descrizioni e alcune responsabilità attribuite al discorso dei diritti, la conseguenza più ovvia sembrerebbe quella di dover prescindere dal riferimento ai diritti nel nostro vocabolario morale, giuridico e politico. Allo stesso modo, si dovrebbero distinguere le critiche all’idea dei diritti da quelle dirette a una determinata teoria dei diritti. In questo senso, conviene distinguere, con Tecla Mazzaresse, tra “cultura dei diritti” e “dottrina dei diritti”¹⁵, per affermare che le insufficienze della seconda probabilmente non sono una buona ragione per rinunciare *in toto* alla prima.

Sottolineo questo aspetto perché, da un lato, a volte alcuni approcci che si presentano come critici nei confronti dei diritti in realtà sono critici nei confronti di una particolare versione dei diritti. Così, ad esempio, in certi casi si è assunto come oggetto di critica quella che è certamente una versione storica (la prima) dei diritti, ideologicamente situata ed incentrata sull’egoismo, come presupposto razionale, sull’individualismo morale, sulla patrimonializzazione dei diritti e sulla loro gerarchizzazione, ossia sull’attribuzione di una priorità assoluta ad alcuni di essi a discapito di altri¹⁶ (solitamente, i diritti sociali). Ma in questo modo si presenta una determinata teoria dei diritti come la sola possibile. Stefano Rodotà ha parlato della plausibilità del parlare non di un’età dei diritti, bensì di diverse età dei diritti (al plurale), che si possono identificare con trasformazioni ed evoluzioni paradigmatiche in relazione, per esempio, al soggetto dei diritti. Così, l’emersione della classe lavoratrice, la rivendicazione dei diritti sociali, e il

¹⁵ Cfr. T. MAZZARESE, *¿Está la era de los derechos cambiando?*, in *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Epoca*, 5, 2004, pp. 682-683.

¹⁶ Cfr. M.E. RODRIGUEZ PALOP, *Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia*, in *Derechos y Libertades*, 36, 2017, p. 136.

post/transumanesimo promosso dalla tecnologia¹⁷ sono un buon esempio della diversità di paradigmi a partire dai quali identificare “l’età dei diritti” e la sua necessità di adeguare il discorso alle circostanze giuridiche, politiche, sociali e culturali in cambiamento¹⁸.

Dall’altro lato, a volte si segnalano come caratteristiche del discorso dei diritti che determinano il loro carattere paradossale ciò che in realtà sono patologie non attribuibili a tale discorso. È ciò che succede quando si sottolinea che l’idea di condizione umana (intesa come “metafora costitutiva dei diritti”) è stata presentata come compatibile con lo sfruttamento dell’essere umano; o quando si denuncia il “duplice standard” dei diritti, che permette di riconoscere che non si tratta di diritti di tutti o per tutti; o quando si presentano i diritti come costitutivamente sottoposti alle esigenze del mercato¹⁹. Si tratta di critiche che disconoscono la potenzialità critica e trasformatrice dei diritti – manifestata in termini storici – e che confondono il loro significato con le condizioni reali di effettività.

3. *Diritti e progresso morale*

Si è sostenuto che i diritti hanno carattere storico²⁰. Ed è proprio Bobbio a parlare di “invenzione” dei diritti, riferendosi all’idea per cui il concetto di diritti nasce in un contesto specifico. La stessa idea di “rivoluzione copernicana”, attraverso la quale Bobbio si riferisce al significato dell’età dei diritti nella filosofia giuridica, politica e morale, esprime bene questo concetto.

Infatti, una determinata narrazione dell’evoluzione storica dei

¹⁷ Cfr. F. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

¹⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 41-43.

¹⁹ Cfr. J. HERRERA FLORES J., *Los derechos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los libros de la Catarata, Madrid 2005, p. 66 ss.

²⁰ Cfr. G. PECES-BARBA, *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*, in ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1988, pp. 227-264.

diritti ne connette la storia all'idea di progresso morale dell'umanità. Una connessione che è ben presente nell'opera di Bobbio e di altri autori. Ciò vale a dire che il fatto di poter parlare dell'età dei diritti e di poterla descrivere è esso stesso un segnale dell'esistenza di un progresso morale dell'umanità.

Tuttavia, la convinzione per cui il riconoscimento dei diritti umani sia connesso all'idea di progresso morale dell'umanità deve fare i conti con la realtà del mondo che ci circonda, caratterizzato com'è da elementi (fame, povertà, terrorismo, guerre, discriminazioni, esclusione) difficili da negare e che a loro volta rappresentano la negazione di qualunque nozione di progresso morale anche se inteso nella sua accezione minima. È questo il contesto nel quale emerge la questione se sia possibile continuare a parlare di progresso morale e con quale significato.

Mi pare che vi siano diverse dimensioni del discorso dei diritti e che ciò ci consenta di continuare a parlare di progresso morale. Pensiamo al significato dei processi attraverso i quali Peces Barba e Bobbio hanno spiegato il divenire storico dei diritti²¹. Il processo di positivizzazione è espressione della convinzione per cui il riconoscimento del valore dei diritti non può essere circoscritto all'ambito morale, dovendo estendersi anche a quello giuridico, con tutte le conseguenze che da tale estensione derivano per ciò che concerne l'impegno (quantomeno teorico) dei poteri pubblici e l'implementazione dei meccanismi coattivi dello Stato. La generalizzazione dei diritti, con il progressivo ampliamento di contenuti e di titolari, presuppone anche un ampliamento delle esigenze morali. Allo stesso modo, l'internazionalizzazione dei diritti implica, tra le altre cose, la volontà di generare spazi di libertà attraverso il controllo esterno delle attività dello Stato in riferimento ai diritti. Infine, il processo di specificazione dei diritti è espressione di una maggiore attenzione alle concrete e peculiari circostanze che ne accompagnano la titolarità e l'esercizio.

Fin qui tutto bene – si potrebbe pensare – ma il punto è che i diritti vengono ancora violati e forse anche in misura inedita ri-

²¹ Cfr. C. PECES-BARBA, *Sobre el puesto de la historia en el concepto de derecho fundamental*, cit.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pp. 62-65.

spetto al passato. E allora, come si può continuare a parlare di progresso morale? Ciò è possibile, quantomeno, perché siamo più sensibili rispetto alle violazioni dei diritti²² e ai problemi da essi posti. Di certo, questo aumento di sensibilità può essere ricondotto alla facilità attraverso cui accediamo alle informazioni e a ciò che accade anche in luoghi a noi molto distanti. In ogni caso, credo che il fatto di reagire ad oltraggi che un tempo non ci spaventavano, oppure il fatto di porci problemi – l’ambiente, le generazioni future – che un tempo non ci ponevamo, sia espressione, se vogliamo, di una sensibilità più raffinata che con ogni evidenza richiama l’idea di progresso morale. Lynn Hunt ha spiegato la storia dei diritti, la storia della loro “invenzione”, nei termini di un processo sospinto dall’empatia, che presuppone il riconoscimento dell’altro, senza il quale è difficile parlare di diritti. La rilevanza dell’empatia non comporta il fatto di abbandonarci alle emozioni. Se così fosse, la storia e il fondamento dei diritti poggierebbero su basi incerte ed evanescenti, come i sentimenti quando raffrontati alla ragione. Per cui la storia dei diritti viene sospinta dalla combinazione di sentimenti, ragione e pratiche: “[l]a storia dei diritti umani dimostra che alla fine il miglior modo di difendere i diritti è affidarsi ai sentimenti, alle convinzioni e alle azioni di un gran numero di individui che chiedono risposte che si accordino con il loro senso dell’indignazione”²³. Ovviamente l’empatia da sola non può eliminare l’esistenza delle violazioni dei diritti; è anche vero, tuttavia, che l’empatia e la sensibilità morale ci permettono di reagire e di affermare “mai più”, “basta”, a prescindere da ciò che la legge stabilisce nei suoi testi. Ciò è gene-

²² Cfr. R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, in S. SHUTE-S. HURLEY (eds.), *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia Villa, Trotta, Madrid 1998, pp. 117-136.

²³ L. HUNT, *Inventing Human Rights. A History*, W.W. Norton & Company, New York-London 2007, trad. it. di Paola Marangon, *La forza dell’empatia. Una storia dei diritti dell’uomo*, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 175. Dei diritti umani come invenzione ha trattato anche J.I. MARTINEZ GARCÍA, *Derechos humanos e invención del hombre*, in AA.VV., *Pensar el tiempo presente. Homenaje al Profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 764-787.

ralmente riconosciuto, per quanto critiche possano essere le prospettive che si assumono. Un critico radicale come Costas Douzinas ha riconosciuto che i diritti umani sono «l'ideologia di base della maggior parte dei regimi contemporanei»²⁴. A partire da paradigmi molto diversi, Tommaso Greco ha colto nei diritti il «vero alfabeto delle relazioni sociali»²⁵.

4. Doveri ed efficacia dei diritti

La responsabilità di certificare la fine dell'età dei diritti è pesante, dal momento che essi si sono convertiti in una lingua franca²⁶. Il riferimento ai diritti costituisce un criterio di valutazione condiviso. Lo stato di salute dei diritti determina il carattere più o meno democratico di un sistema politico. Pertanto, parlare di crisi dell'età dei diritti significa dover al contempo offrire delle alternative, rispondendo alla domanda di Rodotà: *Cosa mettere al posto dei diritti?*²⁷. In questo senso, tale responsabilità è importante anche per il fatto che siamo costretti a «ripensare le nostre convinzioni teorico-giuridiche»²⁸. In quest'occasione mi concentrerò sulle proposte che vertono sulla rivendicazione dell'idea di dovere.

Tuttavia, prima di continuare, è opportuno precisare che non ogni rivendicazione dell'idea di dovere deve intendersi nel senso di una sostituzione dell'idea di diritto. In seguito si accennerà alla difficoltà di sostituire le funzioni dei diritti nell'ambito del discorso legittimatorio e giustificatorio dei sistemi democratici. Per il momento, limitiamoci a ricordare che autori come Bea o lo stesso Greco hanno sottolineato che la critica ai diritti non implica la lo-

²⁴ Cfr. C. DOUZINAS, *The End of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2000, p. 1.

²⁵ Cfr. T. GRECO, *Il ritorno dei doveri*, cit., p. 91.

²⁶ Cfr. A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica&Politica*, 15, 1, 2013, p. 120. Cfr. anche ID., *Ripensare l'età dei diritti*, Mucchi Editore, Modena 2016.

²⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 42.

²⁸ T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, cit., p. 257, p. 8.

ro eliminazione dalla grammatica giuridico-politica. Così, per Emilia Bea, quello dei doveri è un discorso complementare e non alternativo a quello dei diritti: si tratta di discorsi non incompatibili²⁹. Secondo Tommaso Greco, il ritorno al discorso dei doveri – in termini di “ripresa del linguaggio [...] dei doveri”³⁰ – non implica tanto una crisi dell’età dei diritti, bensì il riconoscimento del fatto che i doveri sono imprescindibili nell’affermazione della validità e dell’efficacia dei diritti³¹. In sostanza, ci troveremmo di fronte all’insufficienza del discorso dei diritti: «Consideriamo il riconoscimento di diritti come un avanzamento verso l’emancipazione, ma non crediamo che la piena emancipazione umana si raggiunga unicamente per mezzo del riconoscimento dei diritti»³². Probabilmente, questa relazione di complementarità spiega il fatto che la rivendicazione dei doveri è presente proprio in alcune affermazioni di Bobbio. In effetti, nello scambio che ebbe nel 2000 con Maurizio Viroli, *Dialogo intorno alla repubblica*, Bobbio riconosce: «Se avessi ancora qualche anno di vita, che non avrò, sarei tentato di scrivere *L’età dei doveri*»³³. Per poi affermare che «non esistono diritti senza doveri corrispondenti». Quel che è certo (in «un intento di sottolineare il nesso inscindibile tra diritti e doveri»³⁴), però, è che Bobbio, per un verso, fa riferimento ai doveri dello Stato³⁵, ossia ai doveri e alle responsa-

²⁹ Cfr. E. BEA, *Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad*, in *Derechos y Libertades*, 29, 2013, pp. 54-55.

³⁰ Cfr. T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in *Il senso della Repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30, p. 17.

³¹ Cfr. T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie, Metodo*, in *International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2, 1, 2014, p. 146.

³² J.A. ESTEVEZ ARAUJO, *Introducción*, in ID. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid 2013, p. 11.

³³ N. BOBBIO-M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 40.

³⁴ Come ci ricorda T. GRECO in *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, cit., p. 257.

³⁵ Sicuramente, Bobbio ha una visione “riduzionista” dei doveri, riferendosi soprattutto ai doveri dello Stato nei confronti degli individui, e non richiamando

bilità «di chi deve fare valere questi diritti»; per l'altro, e conseguentemente, non sembra presentare il discorso dei doveri come alternativo a quello dei diritti, ma come ad esso complementare.

Gustavo Zagrebelsky, ne *Il diritto mite*, nel 1992, aveva già distinto l'età dei diritti e l'età dei doveri, per fare riferimento a due concezioni dei diritti, una soggettiva e l'altra oggettiva, e anche a due diversi tipi di società: quella «in cui vige la libertà, e quindi vigono i diritti», e quella «ove vige la giustizia, e quindi vigono i doveri»³⁶. A partire da qui, Zagrebelsky distingue la questione dei diritti da quella della giustizia: «L'imperialismo del linguaggio dei diritto ha nascosto quel che di irriducibile a essi sta nelle esigenze della giustizia»³⁷; «La riduzione dell'ordine giusto ai diritti è impossibile perché il postulato della giustizia appartiene a un ethos dominato non dai diritti individuali ma dai doveri»³⁸; «Nelle società giuste (...) la categoria dominante è quella dei doveri, non quella dei diritti»³⁹.

E in *Diritti per forza*, venticinque anni dopo, Gustavo Zagrebelsky ha manifestato la propria sfiducia rispetto alle «narrazioni dei diritti»⁴⁰, le quali si scontrano con la realtà dei fatti. Le narrazioni teoriche e politiche non hanno valore, perché hanno mostrato la loro incapacità di cambiare la realtà e perché in molti casi non appaiono sincere. La retorica dei diritti, nonché il loro uso illegittimo e abusivo, fa sì che essi, «invece di servire la giustizia, spesso alimentano le ingiustizie»⁴¹, costituiscono un criterio «di legittimazione delle ingiustizie»⁴².

Di certo oggi si hanno buone ragioni per parlare di un uso retorico dei diritti (sebbene nulla assicuri l'impossibilità di una "re-

invece i doveri orizzontali che legano gli individui tra loro (cfr. T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, cit., p. 258).

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 114.

³⁷ *Ivi*, p. 125.

³⁸ *Ivi*, p. 126.

³⁹ *Ivi*, p. 114.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino 2017, p. 6.

⁴¹ *Ivi*, p. 8.

⁴² *Ivi*, p. 6.

torica dei doveri”), agevolato almeno da due elementi: dal carattere emotivo del linguaggio dei diritti e dal posto che il riferimento ai diritti occupa nel discorso giuridico e politico dei nostri sistemi. Un buon esempio di tale retorica dei diritti è costituito dal fatto che, a prescindere dal valore delle decisioni e delle azioni nei termini del rispetto dei diritti, nessun governante si dichiarerebbe contrario ai diritti. Si sentono tante buone parole e propositi sui diritti. Zagrebelsky ci ricorda, a ragione, l’esempio delle così dette «guerre umanitarie»⁴³.

Una cosa, però, è denunciare, giustamente, la retorica abusiva dei diritti, altra cosa è confondere questa retorica con il discorso dei diritti. Chi, come noi, lavora nell’ambito delle scienze sociali dovrebbe essere immune agli effetti dell’abuso retorico della dimensione emotiva del linguaggio. Tale discorso – il discorso dei diritti –, consolidato nella storia, possiede una dimensione emancipatoria irrinunciabile. Non tutti i riferimenti ai diritti, non qualunque impiego del termine può essere identificato come discorso dei diritti. Al contrario, è necessaria una prospettiva critica che distingua “i discorsi che usano/abusano dell’argomento dei diritti” dai “discorsi basati sulle esigenze morali dei diritti”. Se non si attua questa differenziazione, si può affermare che l’ambiguità dei diritti permette di identificarli a volte come strumenti di resistenza, altre come strumenti di dominio⁴⁴. Ma in realtà, parlare di un «lato malvagio» dei diritti, che «invece di servire la giustizia, spesso alimentano le ingiustizie», può implicare almeno due cose: a) una visione eccessivamente alternativa della funzione storica dei diritti rispetto a ciò per cui sono stati “inventati” (usando la terminologia di Bobbio e di Hunt); b) far dipendere il valore e l’accettabilità delle proposizioni sui diritti dalla loro effettività. Zagrebelsky ci invita a smettere di pensare alle parole e di andare ai fatti, così come Bobbio ci invitava a smettere di pensare al fondamento dei diritti e di concentrarci sulla loro protezione. Ma in realtà, la rivendicazione dei diritti ha la funzione di cambiare tali

⁴³ *Ivi*, p. 71.

⁴⁴ *Ivi*, p. 19. Dei diritti come elemento di dominazione ha trattato S. ZIZEK, *Against Human Rights*, in *New Left Review*, 34, 2005, p. 127.

fatti, di trasformare tale realtà, mentre, al contrario, essa appare arrendevole di fronte ad essa, il che contrasta senza dubbio con lo spirito emancipatorio e utopico dei diritti. Francesco Belvisi ci ricorda che Bobbio attribuisce alla formula “l'età dei diritti” il significato *ideale* di un processo storico, «che *coesiste* e si vede confrontato, però, fin dal momento della sua definizione con alcuni elementi che lo contrastano – che lo pongono in crisi – sul piano empirico: primi fra tutti le violazioni dei diritti»⁴⁵.

Si tratta dell'argomento che potrebbe definirsi dell'efficacia (o, meglio, della mancanza di efficacia) dei diritti. Si afferma che la mancanza di efficacia dei diritti è sintomo della loro incapacità di fungere da criteri normativi operativi, ciò che costituirebbe una ragione a favore della loro sostituzione con altri riferimenti normativi (tra i quali si trovano i doveri). Ebbene, tale argomento può essere analizzato da diversi punti di vista. Esso pare incorrere in una confusione tra validità (morale) ed efficacia. In questo caso non si parla di validità nel senso dell'esistenza giuridica o dell'appartenenza ad un determinato ordinamento, bensì come valore, o rilevanza della pretesa normativa. La rilevanza normativa (giuridica o meno) di una proposta non deve dipendere dalla sua efficacia, che in realtà è il risultato, in molte occasioni, di fattori o elementi esterni alla norma stessa. Il valore – e pertanto il peso delle ragioni – di una pretesa morale giustificata non dipende dalla modalità di risposta dei destinatari della norma. La mancanza di efficacia della norma può essere dovuta a fattori interni, intrinseci: essa, ad esempio, può presentare difetti tecnici che la trasformano in una norma di difficile applicazione. Inoltre, possono anche concorrere fattori esterni: la norma viene disubbidita perché vi è disaccordo morale o contraddizione con gli interessi del destinatario della norma stessa. Questa divergenza tra il contenuto della norma e la reazione del destinatario dev'essere intesa per comprendere il funzionamento effettivo del sistema giuridico e la reazione del sistema rispetto all'inosservanza delle norme. Eppure, tali fattori non implicano l'inesistenza dei diritti. Rodotà lo ha

⁴⁵ F. BELVISI, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti; un po' di realismo sui diritti umani*, in *Etica&Politica*, 15, 1, 2013, p. 13.

segnalato: «Non si può [...] cedere alla tentazione, travestita da realismo, di affermare che un diritto, fino a quando non è pienamente realizzabile, è come se non esistesse. Quante volte, proprio perché un diritto rimaneva sulla carta, è stato possibile denunciare l'inattuazione, far nascere lo scandalo della sua violazione, far emergere la cattiva coscienza di chi lo negava, creando così la condizione politica per chiederne con forza la tutela effettiva?»⁴⁶.

Habermas ha affermato: «l'appello ai diritti umani è alimentato dall'indignazione di coloro che sono oltraggiati dalla lesione della propria dignità umana»⁴⁷. Con ciò ci ricorda che è proprio la coscienza della violazione dei diritti il motore della loro rivendicazione. I testi giuridici nazionali e internazionali riconoscono ciò che già prima era riconosciuto dal punto di vista morale. È la gravissima violazione della dignità e delle sue esigenze ciò che porta al riconoscimento (giuridico) della dignità. La storia dei diritti non deve essere identificata solo con la comparsa di testi in cui si giuridificano esigenze morali. È qualcosa di più: è la storia della lotta per tale giuridificazione e, anche, della denuncia di fronte all'inefficacia delle aspettative derivanti da tale giuridificazione. Così, si può comprendere il significato della tensione a cui ha fatto riferimento lo stesso Habermas: «Il contenuto morale dei diritti giuridicamente riconosciuti spiega perché alla fine del XVIII secolo, con la creazione degli Stati costituzionali, si generi una tensione provocatoria nelle società moderne. Ovviamente, ovunque in ambito sociale esiste un divario tra norme e comportamenti effettivi»⁴⁸.

Certamente, tale tensione non riguarda solo i diritti. Piuttosto, la tensione tra la validità e l'efficacia è predicabile di qualsiasi ambito giuridico. Nonostante ciò, tale divergenza è particolarmente evidente, oltre che tragica, quando si parla di diritti. Eppure, ovviamente, neanche il discorso dei doveri va esente dalla pos-

⁴⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, pp. 42-43; anche in ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 75.

⁴⁷ J. HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 44, 4, 2010, p. 468.

⁴⁸ *Ivi*, p. 475.

sibilità di essere influenzato da tale divergenza, dal momento che, in realtà, essa è consustanziale a qualsiasi ambito normativo (al quale appartengono anche i doveri) in cui si assuma la distinzione tra l'essere e il dover essere. L'ha segnalato efficacemente Tecla Mazzarese: «Affermare che dalla violazione dei principi dell'età dei diritti discenda necessariamente anche la loro delegittimazione è infatti una fallacia, un'inferenza indebita che, ignorando la legge di Hume sulla cesura fra essere e dover essere, pretende di inferire l'(in)giustizia di un principio dalla sua eventuale (in)effettività»⁴⁹. Dunque, la domanda sorge spontanea: Cosa assicura che l'"inefficacia" dei diritti non si riproduca anche nel caso dei doveri? Pare ragionevole dubitare della fiducia nel fatto che le problematiche di inefficacia dei diritti si superino mediante la sostituzione con un'altra categoria, in questo caso quella dei doveri. Una domanda simile potrebbe porsi in relazione all'argomento che identifica i problemi dell'universalità dei diritti con una carenza costitutiva degli stessi: Cosa assicura che, a differenza di quanto accade con i diritti, non vi sia nulla che ostacoli la realizzazione effettiva delle esigenze dell'universalità dei doveri? Evidentemente, la domanda è sensata a patto che si assuma che la nozione di universalità operi anche nell'ambito dei doveri.

D'altro canto, la funzione critica dei diritti è stata messa in discussione a partire dal suo legame con l'idea di natura. Questo collegamento è l'ennesimo esempio dell'identificazione della teoria dei diritti in sé considerata con una sua particolare declinazione. Il fatto che esista una certa «relazione ereditaria o successiva» tra i diritti umani di oggi e i diritti naturali rivendicati nell'età dei Lumi non significa che l'idea di natura – le difficoltà poste dalla quale sono state sottolineate, fra gli altri, da Bobbio⁵⁰ – continui ad avere nel discorso dei diritti umani lo stesso ruolo che aveva due secoli fa in quello dei diritti naturali. In ogni caso, Co-

⁴⁹ T. MAZZARESE, *Ripensare la cultura dei diritti?*, in T. MAZZARESE-P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino 2010, p. 126.

⁵⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, estratto dalla *Riv. dir. civ.*, 4, 3, 1958, pp. 6-7.

stas Douzinas ha sottolineato che l'appello alla natura perde la sua funzione critica quando la rivoluzione trionfa: «Quando i rivoluzionari vittoriosi si trasformano in legislatori possono diventare tanto oppressivi quanto i loro predecessori»⁵¹. Il potenziale trasformativo ed emancipatorio del diritto naturale diminuisce, in effetti, quando esso smette di essere morale critica e diventa morale legalizzata. Altrettanto varrebbe, secondo alcuni, per i diritti una volta positivizzati. Credo ci siano, dunque, buone ragioni per fare le dovute distinzioni, in modo da non confondere la capacità di trasformazione dei diritti (in accordo con le esigenze della loro giuridificazione, a partire da quella del rispetto dello Stato di diritto e del principio di legalità – che implica a sua volta una certa fiducia nella capacità del diritto di svolgere determinate funzioni che hanno a che fare con il cambiamento sociale –) con, ad esempio, la sacralizzazione della Costituzione e la sua conseguente equiparazione a una sorta di testo biblico.

5. Doveri e diritto orizzontale

Una delle funzioni importanti dei diritti è quella di costituire un limite al potere⁵². In un primo momento, il potere era il potere politico dello Stato, il cui dominio costituiva un pericolo teorico e reale per la libertà. Successivamente, però, il concetto di potere è andato ampliandosi, abbracciando tutte quelle espressioni di dominio che possono mettere a rischio la libertà. Ebbene, la rappresentazione che ci viene offerta è quella per cui i diritti vengono descritti essi stessi come strumento di dominio e di sfruttamento, in una visione gerarchica e verticale delle relazioni sociali: «I diritti sono una realtà per chi sta sopra, e una menzogna per chi sta sotto»⁵³; «I di-

⁵¹ C. DOUZINAS, *The End(s) of Human Rights*, in *Melbourne University Law Review*, 26, 2002, pp. 445-465, p. 448.

⁵² Sulla complementarità tra gli approcci strutturale e funzionale dei diritti, cfr. G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., pp. 413-440.

⁵³ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., p. 11.

ritti umani non hanno giovato a tutti nello stesso modo; anzi hanno giovato ad alcuni, i pochi, a danno degli altri, la moltitudine”⁵⁴; «(...) i diritti dei potenti sono in realtà pre-potenze sugli impotenti»⁵⁵. L'alternativa che ci si presenta consiste nella rivendicazione dei doveri in sostituzione dei diritti.

La logica dell'orizzontalità è dunque contrapposta a quella della verticalità ed attribuita in modo pressoché esclusivo al discorso dei doveri, mentre al discorso dei diritti è ascritta quella della verticalità. Vale tuttavia la pena rilevare che al discorso dei diritti non è affatto estraneo ogni riferimento all'orizzontalità. Anche soltanto un cenno alla *Drittwirkung der grundrechte* dovrebbe bastare a renderlo evidente.

In ogni caso, verticalità e orizzontalità alludono in realtà a diversi modelli sociali, e anche a diversi modi di intendere, credo, il ruolo sociale del diritto. L'orizzontalità dei doveri implica un modello di legame sociale nel quale le idee di rispetto e di fraternità, che sono «essenziali per vivere una vita decente»⁵⁶, hanno un ruolo importante. Il rispetto e la fraternità sono alla base del riconoscimento di doveri che ci obbligano nei confronti degli altri. In questo contesto tanto lo Stato quanto il diritto (inteso come diritto verticale) causano un certo disagio. Estevez Araujo ha rilevato che il limite principale della strategia dei diritti è che tende a delegare allo stato la loro tutela⁵⁷. Per altro verso, Tommaso Greco, in alcuni dei lavori che ha dedicato a questo tema, ha mostrato sfiducia nei confronti della coazione statale⁵⁸ e fiducia invece nella concordia e nella priorità delle garanzie primarie (orizzontali) rispetto a quelle secondarie (verticali)⁵⁹. In realtà tale sfiducia ha ad oggetto un diritto inteso in senso verticale, in quanto espres-

⁵⁴ *Ivi*, p. IX.

⁵⁵ *Ivi*, p. 121.

⁵⁶ T. GRECO, *Il ritorno dei doveri*, cit., p. 92.

⁵⁷ Vid. J.A. ESTEVEZ ARAUJO, *Introducción*, cit., p. 18.

⁵⁸ Cfr. T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, cit.

⁵⁹ Cfr. T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Methodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2, 1, 2014, pp. 141-144.

sione della volontà dello Stato, l'alternativa al quale sarebbe invece costituita da un diritto orizzontale, che si darebbe «nel reciproco e spontaneo adempimento di obblighi fra soggetti che si riconoscono reciprocamente dignità di esseri umani»⁶⁰.

Tuttavia, non si capisce bene come si supererebbe tale sfiducia nella tutela statale nel caso dei doveri. E ciò perché, a meno che si confidasse nell'esistenza di soggetti dei quali non fosse predicabile quell'altruismo limitato e quella comprensione o forza di volontà limitata a cui si riferisce Hart quando descrive il contenuto minimo del diritto naturale⁶¹, è prevedibile che prima o poi si debba ricorrere alla protezione dello Stato – ciò che era considerato come limite o debolezza dei diritti –. L'efficacia degli imperativi fondati sui doveri, infatti, non confiderebbe anch'essa, in ultima istanza, nello Stato, come d'altra parte accade con i diritti? Se così non fosse, ci troveremmo di fronte a un discorso eminentemente morale in cui il rispetto delle norme (che in questo caso imporrebbero doveri) farebbe affidamento in ultima istanza al compromesso personale e individuale, al sentimento di obbligatorietà rispetto a tali norme, in un contesto caratterizzato dall'assenza di strutture istituzionalizzate volte a garantire l'efficacia delle norme.

Senza cedere alla tentazione, forse tipica del giurista, di pensare che il diritto sia l'unica forma possibile di legame sociale, ci troviamo di fronte a posizioni che insistono su legami di altro genere e di conseguenza su altre strategie per garantire la soddisfazione delle necessità e delle pretese morali dei soggetti⁶². Invero – e per inciso – sottolineare la rilevanza del diritto quale strategia di legame sociale non significa sostenere che esso costituisca l'unico legame sociale. In ogni caso, mi sembra, se ho ben inteso, che si proponga di concepire il diritto come seconda *ratio* nel legame sociale, confidando innanzitutto nella capacità delle dinamiche

⁶⁰ T. GRECO, *Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho*, in *Crónica Jurídica Hispalense*, 14, 2016, p. 116.

⁶¹ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford 1994, pp. 193-200.

⁶² Cfr. T. GRECO, *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino 2012.

orizzontali di garantire la libertà, l'uguaglianza, la dignità, che è ciò di cui in fondo si tratta.

In realtà, per quanto diversi possano essere sul piano formale, i contenuti del discorso dei doveri o, se si preferisce, la loro stessa ragion d'essere, non sono poi così diversi da quelli del discorso dei diritti. In particolare, l'idea del riconoscimento dell'altro gioca un ruolo importante in entrambi i casi. In effetti, sia in un caso sia nell'altro abbiamo bisogno di riconoscere l'altro come un essere degno di rispetto, le cui esigenze morali devono essere soddisfatte. Credo che questa affermazione sia tanto alla base del riconoscimento di diritti quanto dell'esistenza di obblighi nei confronti degli altri. Ritengo di avere un obbligo nei confronti di un altro perché riconosco che ha dei diritti.

È evidente che qui si pone il problema della priorità logica dei doveri rispetto ai diritti, o viceversa. Ma probabilmente il problema può essere ridimensionato nella sua gravità se il tema del quale ci si occupa è quello della capacità di entrambi i concetti, diritti e doveri, di assumere un determinato ruolo fra i criteri di legittimità. Fino a che punto il discorso dei doveri può sostituire il discorso dei diritti come criterio di legittimità? La modernità ha affermato il carattere strumentale dell'organizzazione giuridica e politica, del diritto e dello Stato, ritenendo che la funzione di entrambi i meccanismi fosse quella di garantire i diritti. I diritti sono la ragion d'essere della costruzione politica. I doveri potrebbero svolgere questa funzione? Potrebbero sostituire i diritti nella loro funzione di test di legittimità dei sistemi giuridico-politici? D'altra parte, negli ordinamenti giuridici del costituzionalismo democratico, le norme che tutelano diritti fondamentali svolgono una funzione estremamente importante come elementi basilari della norma di identificazione di norme nella loro dimensione materiale o sostanziale. A partire da lì, funzionano come criteri determinanti della costituzionalità delle norme. Nell'esame di tale costituzionalità, il principio generale di libertà – secondo il quale tutto ciò che non è proibito è permesso – è rilevante. Dunque, l'alternativa dei doveri significherebbe, dal canto suo, la sostituzione delle norme di diritti con norme di doveri nei criteri di identificazione normativa. E ciò a patto che si pensi a norme di doveri di