

Premesse

1. Nel settantesimo anniversario della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, forse non si sentiva specialmente la necessità dell'ennesimo studio su questo mirabile istituto del diritto moderno e contemporaneo. Da tre secoli appartengono al lessico della politica e della scienza giuridica; da almeno settant'anni, appunto, appartengono anche a quello del diritto positivo, qualunque consistenza si voglia attribuir loro (*hard* o, più spesso ed almeno per certi profili di giustiziabilità, solamente *soft*). Che cosa rimane ancora da dire su di essi?

Questo libro avrà raggiunto il proprio scopo – quello che si prefigge l'autore, ovviamente: che ne è il responsabile, proprio come un nano che getta sassi dalle spalle di giganti, rimane comunque responsabile *in toto* delle ferite e dei danni che provoca – se sarà riuscito a suscitare nel lettore qualche perplessità su tutto ciò che nel comune discorso giuridico si tende a dare per scontato¹ o non semantizzabile: vale a dire questi stessi diritti,

¹ In inglese si potrebbe magari chiamarli “truisms”, così da evocare quel che scrisse Hart all'alba della crisi del giuspositivismo quando credette, e proprio con riferimento alle cose ovvie – che sono spesso le più vere e meritevoli di accurata riflessione – di reperire un fondamento empirico al suo “Concept of Law”. A ben guardarli, questi truismi riflettono categorie antropologiche che rimandano alla comune condizione umana come riferimento (se non proprio come fondamento) del discorso sui diritti: H.L. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002. G. PONTARA, *Guerra etica, etica della guerra e tutela globale dei diritti*, in *Ragion Pratica*, VII, 13, 1999, ha provato a perfezionare questa impostazione di mediazione, sostituendo il contenuto minimo del diritto naturale di cui parla Hart con le tre preferenze fondamentali (vivere piuttosto che non vivere, godere di buona salute piuttosto che patire da altri sofferenze, avere piena autonomia piuttosto che essere eterodiretti): anche così però, com'è stato profondamente osservato, “le ‘tre preferenze’ appartengono (per usare un linguaggio kantiano) all'ordine della *sensibilità* e perciò possono sempre venir contestate *all'interno del loro stesso ordine*, data la particolarità e la contingenza del sensibile. Questo è del resto il motivo per cui la morale kan-

la loro esistenza, la loro giustificazione, la loro verità. L'autore, beninteso, è nel complesso convinto che tali diritti esistano, siano giustificabili, siano funzionali al miglioramento delle condizioni umane sulla terra. Eppure ha da tempo la sensazione² che proprio in punti così decisivi la riflessione giusfilosofica (che non coincide necessariamente con quella teorico-generale, quella semiotica, quella deontica, e così via), abbia taciuto troppo a lungo, e sia pertanto necessario riattivarla, o almeno destare ancora una volta le domande giuste, se proprio non si riescono a trovare le risposte.

2. Di che cosa parliamo quando parliamo di diritti umani? Un giurista esperto di diritto internazionale, storia del diritto, o anche diritto costituzionale, con sicurezza e disinvoltura risponderebbe: i diritti umani sono quelle spettanze che riconosciamo a ciascun essere umano a prescindere dal suo *status civitatis*. Scavano sotto la superficie delle contingenze (storiche, politiche, culturali, istituzionali, anagrafiche, sanitarie), e mettono radici nella stessa condizione umana. Risposta certamente esatta, a patto che poi si sia disposti a riflettere sulla condizione umana in quanto tale: cosa a cui è dedicato un capitolo intero, in questo volumetto, ed è il capitolo più filosofico e quello che meno ci si aspetterebbe in un testo destinato agli studi giuridici e politici. Lo considero invece essenziale ed imprescindibile,

tiana richiede per la sua stessa sopravvivenza un fondamento ontologico (cioè trascendentale, o – se si vuole – razionale in senso forte) e non ontico (cioè sensibile, o – se si vuole – razionale in senso debole)” (F. D'AGOSTINO, *Ancora sulla razionalità del diritto naturale: l'esempio dei diritti dell'uomo*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 163, nota 11).

² E certamente non è isolato in questa percezione: per esempio si veda quel che già da qualche anno ha scritto A. OLLERO, *Diritto “positivo” e diritti umani*, ed. it. a cura di I. Trujillo Pérez, Giappichelli, Torino, 1998, p. 87: “Che cosa ci consente di parlare con ‘fondatezza’ dei ‘diritti umani’? Non poche volte la domanda, poiché scomoda, resta senza risposte, travolta dall'altisonante fuga *in avanti* delle invocazioni retoriche o delle tediose esegesi testuali. Risulta curioso che nella nostra bibliografia i repertori di testi superino gli studi specifici. Spesso si adotta un atteggiamento relativista che comporta il rifiuto di un qualsiasi fondamento con pretese di obiettività, altrimenti il problema si complicherebbe. Si preferisce discutere il modo di garantire tali diritti: ma questo volontarismo pratico aumenta i motivi di controversia, riproponendo – inevitabilmente – infessati ‘fondamenti’”.

pur con tutti i suoi evidenti limiti: senza di esso, l'intera operazione culturale tentata, o almeno affacciata e proposta, in questo libro, perde il suo senso.

3. Prima di proseguire nell'esposizione delle risposte che gli esperti chiaritori darebbero alle nostre ingenue domande radicali, occorre inserire una riflessione diacronica, relativa al *come* ed al *quando* è stato possibile arrivare a parlare di diritti umani: ad una certa narrazione di questa storia e ad alcune delle sue principali emergenze teoretiche dedicherò un altro capitolo, il terzo del volume, ma è qui necessario anticipare alcune considerazioni. Regna infatti concordia universale circa il fatto che per pervenire all'idea dei diritti umani un passaggio obbligato della storia del pensiero giuridico sia quello di diritto soggettivo. I diritti umani sono certamente diritti soggettivi, e, si osserva, il diritto soggettivo è un'idea relativamente moderna³: questo spiegherebbe perché non si conosca l'espressione tecnica "diritto dell'uomo" prima del secolo diciottesimo, con qualche rara eccezione precedente, e comunque moderna (cioè, secondo la tradizionale suddivisione delle epoche in Occidente, dal secolo sedicesimo in avanti⁴). La prospettiva adottata in questo libro – per le sue plausibili ragioni giustificatrici – è invece quella di una ermeneutica della continuità: le moderne e contemporanee dichiarazioni, patti, convenzioni, in quest'ottica, denotano più l'esigenza di ricordare e tutelare con maggior efficacia dei "truisimi", beni e verità ovvie, che la scoperta dei medesimi, come se prima essi si trovassero oscurati da qualche misterioso blocco cognitivo o addirittura epistemologico.

Con questa assunzione non intendo affatto collocarmi nel

³ Dedicato alla storia dell'elaborazione di questi concetti è il libro di M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁴ Michel Villey è notoriamente lo storico del diritto che più ha riflettuto in sede critica sulla genesi di questa idea, che a suo avviso tradisce l'originario spirito del diritto classico nel nome del nominalismo (evoluto in individualismo) coltivato dalla scuola francescana medievale (segnatamente da Duns Scoto e Guglielmo da Ockam): M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Cantagalli, Siena, 2009, spec. pp. 85 e ss.; e più ampiamente M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1985), ed. it. a cura di F. D'Agostino e R. D'Etorre, Jaca Book, Milano, 1986.

novero dei conservatori⁵: semplicemente, considero l'Illuminismo una cultura di svolta ma non intendo sottovalutarne i limiti strutturali⁶ ed un certo approccio per così dire adolescenziale alla storia (anche alla storia delle idee). Preferisco, con Sergio Cotta⁷, parlare di una "rivoluzione culturale" dei diritti umani nel senso, questo sì controcorrente, della ri-rivoluzione, del ritorno a casa, della riapertura della ragione ad un'autocomprensione più piena⁸, e di conseguenza ad un'antropologia non ideologica perché non selettiva né riduttiva⁹. Così come preferisco, con Francesco Viola, prospettare l'idea, euristicamente inesauribile, che "l'umano non è né una cosa, né una natura o un'es-

⁵ Il primo e forse il più celebre fu E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione in Francia* (1790), trad. it. di M. Respinti, Ideazione, Roma, 1998; il pensatore nativo di Dublino fu aspramente criticato per la sua opposizione ai diritti dell'uomo dall'inglese THOMAS PAINE (*I diritti dell'uomo* (1791), trad. it. di T. Magri, Editori Riuniti, Milano, 2016), che ne era invece un fervido assertore sia sul piano teorico che su quello politico: se ne vedano i relativi brani nella preziosa antologia a cura di V. Pazé, *Diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 88 e ss.

⁶ Un'opera capitale per la critica interna della modernità è come noto quella di M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'Illuminismo* (1944), trad. it. di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2010; ma di M. HORKHEIMER si veda anche *Eclissi della ragione. Critica della ragione strumentale* (1972), trad. it. di E. Vaccari Espagnol, Einaudi, Torino, 2000. Per una recente rielaborazione critica dell'Illuminismo a cavallo tra la filosofia e la sociologia della storiografia culturale si veda S. BELARDINELLI, *L'altro illuminismo: politica, religione e funzione pubblica della verità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

⁷ S. COTTA, *I diritti dell'uomo: una rivoluzione culturale*, in *Persona y Derecho*, 22, 1990, pp. 13 e ss. A p. 18 si trova una preziosa indicazione metodologica in punto di temporalità e transtemporalità dei diritti dell'uomo: "Si è infatti disposti a riconoscere l'appartenenza dei DU al nostro tempo presente e a quello che ne prende inizio, ma non al passato. Questa convinzione è comprensibile, ma non corrisponde del tutto a verità, poiché dipende dal fatto che i DU vengono identificati con quelli enunciati nelle carte moderne, vengono cioè pensati nel quadro della 'modernità'. Ma ciò comporta una indebita rimozione del passato; infatti una indagine storica, nemmeno molto approfondita, permette di rintracciarne alcuni, essenziali per l'uomo, fin dai tempi più remoti".

⁸ Suggestiva la concezione della ragione difesa da K. JASPERS, *Ragione e antiragione nel nostro tempo* (1950), trad. it. di G. Saccomanno, ES, Milano, 2011.

⁹ Abbraccio qui la nozione di "ideologia" utilizzata da HANNAH ARENDT nell'ultimo capitolo de *Le origini del totalitarismo* (1951), trad. it. di A. Guadagnin, Einaudi, Torino, 2009.

senza, ma un modo di trattare le vite degli altri. Si potrebbe dire che il principio portante della pratica dei diritti umani sia il seguente: bisogna trattare in modo umano gli esseri umani”¹⁰.

4. Considerati in questa luce, i diritti di cui stiamo parlando si sottraggono anche all’ingenerosa critica (certo non priva di motivazioni fattuali) che li riduce a meri strumenti dell’ideologia mondialmente dominante, quella capitalistica occidentale¹¹: così, le dichiarazioni e le carte dei diritti non sarebbero altro che una sorta di foglia di fico che i trionfatori della postmodernità (i Paesi ricchi del nord-ovest del mondo) hanno saputo collocare sulle vergogne del loro rapace sfruttamento del sud del pianeta, ammantando di eleganti raffinatezze giuridiche e solennissime parole di pace una squallida realtà di neocolonialismo economico, e così perpetuando una situazione planetaria di ingiustizia, disuguaglianza ed oppressione. Che questa censura sia alimentata da una lettura degli avvenimenti storico-politici che, magari con qualche sfumatura, va accolta ed ha valide ragioni di giustificazione, non priva di forza e pregnanza il discorso sui diritti umani, proprio se lo si propone ed argomenta in una chiave fondativa, giusfilosofica, e non meramente strategica, politica, culturale. A maggior ragione è dunque pertinente cercare di sviluppare una riflessione come quella di cui il presente libro costituisce un tentativo di introduzione.

5. Credo che sia chiaro, ma cercherò di svilupparlo successivamente, specie nel primo capitolo (dedicato all’inquadramento dei problemi filosofici scaturenti dai diritti umani, ed alle opzioni metodologiche), che superando grazie alla fondazione antropologica gli schemi del modello giusnaturalistico moderno (i cui limiti emergeranno ben presto nella trattazione), i diritti dell’uomo ottengono una ben diversa collocazione teorica ed una più convincente qualificazione giuridica: in coerenza, tra l’altro, con alcune intuizioni di Simone Weil che cerchere-

¹⁰ F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, in F. Botturi, R. Mordacci (a cura di), *Natura in etica*, “Annuario di etica. 6”, Vita e Pensiero, Milano, 2009, p. 85.

¹¹ Per una presentazione sintetica del dibattito si veda per esempio C. BARTOLI, *Diritti umani e capitalismo. La libertà tra indipendenza e interdipendenza*, in *Teoria Politica*, IV, 2014, pp. 205-221.

mo di approfondire almeno un poco in quello stesso capitolo. Allo scopo di marcare la differenza tra i contemporanei diritti umani ed i diritti naturali del giusnaturalismo moderno, è stato in argomento ricordato opportunamente che “i diritti naturali sono pensati come universali in riferimento al loro titolare o beneficiario, ma non già per quanto riguarda gli obbligati”¹²; e questo implica proprio quel rovesciamento di prospettiva che portò Weil, in contemporanea alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell’Uomo, a redigere il suo “Preludio ad una Dichiarazione sui doveri verso l’essere umano”¹³. E la ragione di tutto ciò, la giustificazione filosofica del preliminare passaggio dall’umano come natura all’umano come persona, è proprio l’idea che “indubbiamente la persona è umana perché ha una natura umana, ma non si comporta come meramente derivata da essa, cioè come una sua qualità. Anzi – come ha acutamente notato Spaemann – prende posizione nei confronti della propria natura, si sporge al di là di essa e, persino, va contro di essa e le sue leggi costitutive e proprio per questo si afferma ed è una persona”¹⁴.

In effetti, l’originale libro del filosofo tedesco ora menzionato, pur non dedicando alle questioni giuridiche che brevi paragrafi, illumina la questione dell’umano personale come poche opere contemporanee, con enormi ricadute su una riflessione giusfilosofica strettamente congiunta con l’antropologia, come quella che si cerca di proporre qui. Ciò che distingue un “qualcosa” da un “qualcuno”, secondo Robert Spaemann¹⁵, è infatti un caleidoscopio di fenomeni esclusivi dell’esperienza umana e dunque, in qualche modo, suoi distintivi: anche solo per scorre l’indice sommario, possiamo menzionare l’intenzionalità, la trascendenza, la finzione (come necessità di rivestire un ruolo: e dunque finzione come *fictio*, come maschera – che appunto è il significato originario della parola persona), religione, tem-

¹² F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, cit., p. 86.

¹³ S. WEIL, *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione sui doveri verso l’essere umano* (1949), ed. it. a cura di F. Fortini, ES, Milano, 1990.

¹⁴ F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, cit., p. 89.

¹⁵ R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”* (1998), trad. it. di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari, 2005. Meno strutturato e più sintetico, ma di rilevante interesse per comprendere l’antropologia filosofica di questo autore, anche il volume che ne raccoglie alcuni saggi: R. SPAEMANN, *Natura e ragione. Saggi di antropologia filosofica* (1987), trad. it. di L.F. Tuninetti, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2006.

po, morte, indipendenza dal contesto, anima, coscienza, riconoscimento, libertà, promessa e perdono. Ciascuno di questi fenomeni, filosoficamente rielaborati in seno ad un'antropologia che non per il fatto di proporsi come frammentaria perde il suo fascino ed anche il suo vigore, allude senza dubbio ad un intrinseco dinamismo caratteristico delle persone, che le differenzia appunto dalla staticità delle cose, degli oggetti inanimati o dei viventi e senzienti non personali. Questo e consimili approcci metodologici consentiranno di lumeggiare alcuni dei passaggi attraverso i quali siamo pervenuti dall'oggettivismo comunitarista del diritto romano all'individualismo soggettivista delle odierne dottrine dei diritti umani (almeno, nella dominante versione costituzionalista e neocostituzionalista, che sia Viola che Cotta contestano o almeno cercano di sottrarre al monopolio della dottrina dei diritti umani): tema dominante del terzo ed ultimo capitolo del presente libro.

6. Quegli stessi esperti che ci hanno così ben risposto prima, si sentiranno poi in dovere di chiarire la differenza tra diritti umani e diritti fondamentali: com'è stato affermato da un teorico del diritto molto sensibile al discorso giuridico-positivo, "non tutti i diritti fondamentali spettano infatti a tutti gli esseri umani, e non tutti gli esseri umani sono titolari dei medesimi diritti fondamentali. [...] I soli diritti che spettano indistintamente a 'tutti' gli esseri umani sono quelli che, appunto, chiamerò 'umani' e che sono oggi, in tutti gli ordinamenti avanzati, il diritto alla vita e le libertà fondamentali, l'*habeas corpus* e le altre garanzie penali e processuali"¹⁶. Si tratta in effetti di istituti giuridici differenti, ma accomunati dalla nascita, come due gemelli eterozigoti: qualcosa questo deve suggerire anche in merito alla consistenza concettuale della distinzione¹⁷. Gli

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 726. Dello stesso autore, di qualche anno precedente la monografia *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001.

¹⁷ Sdrammatizza e ridimensiona opportunamente la distinzione, recentemente, anche L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Giappichelli, Torino 2017, p. 62: "Se l'espressione 'diritto naturale' suona desueta e antiquata, l'espressione 'diritti umani' o 'diritti fondamentali' ne è la rielaborazione linguistica nell'ambito dell'epoca contemporanea. Quando si menzionano i diritti umani e i diritti fondamentali

esperti chiaritori ci diranno che i diritti fondamentali sono quelli riconosciuti dalle Carte Costituzionali come *fondamento* della civile convivenza di un popolo che si costituisce in Stato: di una società civile che giunge alla soglia della comunità politica, e, prima ancora che i metodi di autogoverno e concretamente i delegati al potere, sceglie i principi (o beni, o valori) a cui dovrà ispirarsi costantemente quel governo, perché sono il senso stesso della convivenza civile ed in qualche modo, nella prospettiva contrattualista sottesa a quasi tutte queste concezioni¹⁸, lo scopo del patto sociale originario¹⁹. Ciò garantisce circa l'effettività dei medesimi diritti, giacché il potere (o i sottopoteri in cui esso dovesse articolarsi, in base alla forma di governo eletta), sarà da quel momento in poi chiamato a vigilare per custodire i beni che ad essi soggiacciono, a legiferare in modo coerente con essi (dove l'invenzione del controllo di costituzionalità o di convenzionalità, che se non è gemello dei diritti fondamentali e dei diritti umani, è il discendente immediatamente successivo), ad amministrare la cosa pubblica conformemente ai loro vincoli ed a giudicare delle controversie e dei reati secondo la scala valoriale da essi tracciata.

7. Nulla impedisce, continueranno gli esperti chiaritori, che tali diritti fondamentali coincidano in tutto o in parte con i diritti umani: normalmente anzi avremo convergenza, potremo dunque osservare almeno parziali coincidenze, di solito per ec-

il riferimento è a quei diritti che appartengono a ciascun uomo e pertanto a tutti gli uomini in ugual misura, in ragione della loro umanità. E proprio perché fondamentali essi sono irrinunciabili, indisponibili, non negoziabili: chiunque li può reclamare verso altri individui, ma anche verso il potere". Invero, l'aggettivo "fondamentale" potrebbe ricondursi in termini più tecnici al fondamento della legittimazione del potere statale, ed in tal senso marcherebbe una differenza almeno politicamente rilevante tra diritti umani e diritti fondamentali, nella linea appunto di Ferrajoli e degli altri autori neocostituzionalisti.

¹⁸ F. D'AGOSTINO, *Stato di diritto*, in Id., *Lezioni di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 46 (con critica dell'approccio contrattualistico e netto *favor* per le concezioni classiche, di tipo naturalista o, come lì si dice, "organicista").

¹⁹ In questo schema finiscono per convergere il neocostituzionalismo e la teoria discorsiva: cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), ed. it. a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996.

cesso (nel senso che i diritti fondamentali includono i diritti umani, ed aggiungono qualcosa ancora, o li specificano secondo le concrete esigenze del momento storico), altre volte per difetto, secondo quanti sostengono che i diritti umani inglobano i diritti fondamentali, che ne sono appunto la specificazione costituzionale, la positivizzazione almeno nei termini di principi. Anche questa puntualizzazione è necessaria e preziosa: ma occorre che gli esperti ci dicano con chiarezza se la costituzionalizzazione dei diritti umani è necessaria per dar loro esistenza giuridica oppure non lo è. Dalla risposta a questa richiesta di chiarificazione dipende l'intero atteggiamento verso i diritti: ed in realtà la risposta stessa dipende a sua volta dalla filosofia del diritto che chi risponde adotta, espressamente o implicitamente. Non mi riferisco qui solamente alla ben dissodata differenziazione tra giusnaturalismo e giuspositivismo²⁰: naturalmente anch'essa ha pregio in questo discorso, ma la considero ormai superata nella sua forma elementare, e se mai resa più complessa da nuovi intrecci e nuovi problemi.

Oggi come oggi, il campo è conteso tra coloro che affermano, senza mezzi termini, che “non vi possono essere diritti soggettivi se prima non vi è la legge”²¹, e coloro che invece sostengono che “non vi sono diritti a meno che un certo ordine, che di fatto può essere violato, non sia inevitabilmente richiesto da *ciò che le cose sono* nel loro esemplare intelligibile o nella loro essenza, o da ciò che la natura dell'uomo è e da ciò in cui essa trova il proprio perfezionamento”²²; tra autori convinti che “la politica dell'attivismo giudiziario presuppone una certa obiettività riguardo ai principi morali: in particolare essa presuppone che i cittadini abbiano certi diritti morali contro lo Stato”, al punto che “le affermazioni sui diritti sono un tipo speciale – nel senso di ‘specifico’ – di affermazione su ciò che è giusto o sbagliato fare per lo Stato”²³, ed autori che non esitano a dichiarare che

²⁰ MAURICIO BEUCHOT così opina, persino nel titolo del suo libro *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1995.

²¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, ETAS Libri, Milano, 1994, p. 80.

²² J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato* (1951), trad. it. di A. Falchetti, Vita e Pensiero, Milano, 1982, p. 114.

²³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di N. Muffatto, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 207.

“non ‘esistono’ insomma diritti ‘naturali’ o pre-giuridici: anche i diritti fondamentali sono sempre situazioni non costituenti ma positive, ossia prodotte da atti e precisamente [...] da fonti normative”²⁴; tra autori capaci di scrivere, con toni evidentemente polemici, che “i vecchi diritti civili e i nuovi diritti sociali ed economici non possono essere raggiunti contemporaneamente, anzi sono di fatto incompatibili”, e che “tutti questi ‘diritti’ si basano sull’interpretazione della società come organizzazione costituita deliberatamente, dalla quale ognuno riceve un’occupazione”, e pertanto “richiedono che l’intera società sia convertita in un’unica organizzazione, cioè resa totalitaria nel vero senso del termine”²⁵, ed autori persuasi che, pur non esistendo “diritti per loro natura fondamentali”, “il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico”²⁶.

8. Come si vede, la disputa è davvero vivace, e forse non risulta del tutto superfluo, né appunto scontato, tornare a riflettere sui diritti umani, i diritti fondamentali, la loro fondazione e giustificazione, il problema delle loro caratteristiche (prima tra tutte, l’inquieta effettività, a cui si connette lo scandalo permanente e doloroso della loro limitata giustiziabilità, che da moltissimo tempo nutre le censure di questi diritti in quanto vuoti, puramente morali quando non addirittura retorici o frutto dell’ipocrisia). A questo impegno di risemantizzazione è consacrato il libro, per la preparazione del quale sono riconoscente a tutte le mie fonti: ma specialmente al magistero accademico

²⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 729.

²⁵ F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell’economia pianificata* (1973), trad. it. di P.G. Monateri, Il Saggiatore, Milano, 1986, p. 308. Ed invece è proprio su questo punto che a parere di altri si gioca la consistenza teoretica dei diritti, specialmente “nella cornice di un mondo post-nazionale, smarrito il *noi* e sostituito dal *noi estranei*”: “Quel che può generare una sorta di legame è solo il riconoscimento reciproco della varietà delle forme di vita esistenti. Ma perché si dia un simile riconoscimento, non qualsiasi forma di vita (con qualsivoglia aspettativa, inclinazione, fine) può essere perseguita, bensì soltanto quelle forme di vita i cui diritti siano tutti componibili” (A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova, 2012, p. 182).

²⁶ N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, in Id., *L’età dei diritti. Dodici saggi sul tema dei diritti dell’uomo*, Einaudi, Torino, 1997, p. 16.

e scientifico di Francesco D'Agostino (che ringrazio anche per aver voluto ospitare il lavoro nella prestigiosa collana *Recta Ratio*, da lui e da Francesco Viola diretta), e dal sostegno di Agata Cecilia Amato Mangiameli e dei colleghi ed amici che, alcuni consapevolmente altri senza saperlo, taluni per affinità altri per difformità di idee, hanno collaborato grandemente all'ideazione dei suoi contenuti, circa i quali, va da sé, la piena responsabilità rimane in carico esclusivamente a chi scrive.

* * *

Il libro è dedicato ancora una volta a dei neonati: l'insistenza con cui in esso si fa riferimento a Francisco de Vitoria ed all'epoca, straordinariamente importante, della scoperta delle Americhe, a parte il suo significato autobiografico per l'autore, richiama uno dei capolavori del cinema contemporaneo, dedicato proprio ad un episodio di quella dolente e problematica conquista. Il celebre film *The Mission* – diretto nel 1986 da Roland Joffé e musicato dal genio di un grande compositore italiano, Ennio Morricone, a cui l'Università di Roma "Tor Vergata", cui appartengo, è specialmente legata – si conclude proprio con i bambini: tanti anonimi piccoli che riprendono in mano la storia, dopo le carneficine degli adulti. La dolcezza dolorosa di quella scena, la sua raffinata qualità estetica e l'immersione naturalistica, l'irresistibile bellezza della musica che la commenta, ed il pacifico scorrere del fiume sotto le piroghe in cui i bambini si mettono in salvo dalle stragi dei grandi, e come su un'arca novella (a cui tanto assomiglia la nuova prestigiosa sede della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Roma) cercano di riavviare la vita in comune e di restituirle umanità, sono una sintesi splendida ed indimenticabile della "lotta per il diritto": che è anche quella lotta per i diritti umani, di cui questo libro cerca di balbettare qualcosa, mentre la storia delle donne e degli uomini in carne ed ossa, generazione dopo generazione, da sempre s'incarica di testimoniarla con tanta maggiore eloquenza.

I

L'APPROCCIO FILOSOFICO AI DIRITTI UMANI: NECESSITÀ ED OPZIONI

Sommario

1. Presentazione del primo capitolo. – 2. Il problema del fondamento e l'opzione per l'ontofenomenologia del giuridico. – 3. La priorità dei doveri sui diritti. – 4. Il nesso costitutivo tra giustizia e diritto.

1. Presentazione del primo capitolo

Nel presente capitolo intendo fornire in primo luogo le ragioni che considero persuasive in ordine alla preferenza per l'approccio giusfilosofico detto "ontofenomenologico", anche in ordine alla fondazione dei diritti umani. Il neologismo è stato introdotto da Sergio Cotta¹ negli anni '70 dello scorso secolo e denomina un orientamento teorico che, all'impostazione metafisica tradizionale, tendente a fondare il giuridico in termini obiettivistici, aggiunge una specifica sensibilità fenomenologica di matrice husserliana². In secondo luogo, cercherò di chiarire

¹ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991. Dello stesso Autore si vedano anche altre opere che hanno progressivamente delineato questa forma di pensiero giusfilosofico: *Prospettive di filosofia del diritto* (1971), ristampa postuma Giappichelli, Torino, 2014; *Giustificazione e obbligatorietà delle norme* (1981), ristampa postuma Studium, Roma, 2015; *Perché il diritto* (1979), ristampa postuma La Scuola, Brescia, 2017. L'infittirsi delle ristampe a diversi anni dalla scomparsa del Maestro italiano è indizio promettente della sua riscoperta, nonché conferma della fecondità del suo contributo.

² Fu Reinach il discepolo più dedicato allo studio delle ricadute giuridiche del pensiero di Husserl: per un'introduzione in lingua spagnola al pensiero giusfilosofico di questo autore, ancora poco studiato in Italia (ma si veda F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il*

l'interconnessione tra diritti e doveri umani, secondo un paradigma che si pone in consapevole (ma amichevole perché essenzialmente dialogico) contrasto con l'atteggiamento consueto degli studiosi, che si concentrano sui diritti umani³ o, in rari casi e separatamente, sui doveri umani⁴: ne emergerà una preferenza accordata alla priorità logica ed ontologica dei doveri rispetto ai diritti, che si riflette tra l'altro in sede applicativa, aspetto piuttosto rilevante tenuto conto che quello giuridico è un sapere pratico. Infine, nell'ultimo paragrafo del capitolo, tratterò sinteticamente del nesso tra diritto e giustizia, che intuitivamente ha stretta relazione con la riflessione sui diritti umani: riprendendo sì un tema caro alle prospettive giusnaturalistiche, ma in questo caso aggiornandolo sia all'evoluzione moderna – che in certa misura quelle prospettive è andata rovesciando, nonostante la conservazione del nome –, sia alle esigenze attuali, non ultima appunto quella di giustificare i diritti umani⁵.

realismo di Adolf Reinach, Mimesis, Milano, 2013), rimando a M. ALBERT, *¿Qué es el derecho? La ontología jurídica de Adolf Reinach*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

³ Sconfinata la letteratura, anche a voler considerare solamente quella filosofica (e non storica, né costituzionalistica, né internazionalistica) in lingua italiana: per tutti e tra i più recenti si vedano comunque M. ZANICHELLI, *Il discorso sui diritti. Un atlante teorico*, CEDAM, Padova, 2004; C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005; F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Roma-Bari, 2009; A. PAPISCA, *Il diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, Marsilio, Venezia, 2010; A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, Milano, 2011; E. PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, UTET, Torino, 2008, e della stessa Autrice *I diritti umani. Concetto, teoria, evoluzione*, CEDAM, Padova, 2013; A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti della donna*, Il Mulino, Bologna, 2013; M. CASCAVILLA, *Diritti, persona, società*, Morcelliana, Brescia, 2015; V. BUONOMO, A. CAPECCI, *L'Europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Città Nuova, Roma, 2015; T. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016; V. POSSENTI, *I diritti umani. L'età delle pretese*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.

⁴ A parte il saggio di G. MAZZINI, *Sui doveri dell'uomo*, del 1861 (noto soprattutto per la sua mancanza di notorietà: cfr. F. D'AGOSTINO, *I doveri dell'uomo*, in Id., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 242), si veda per quel che riguarda il contributo dei filosofi del diritto italiani, la monografia di A. INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2012; ed ora anche il volumetto di G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.

⁵ Esemplare per chiarezza su questo punto il sintetico contributo di J.

2. Il problema del fondamento e l'opzione per l'ontofenomenologia del giuridico

Emarginata la prospettiva del diritto naturale e della legge naturale – talora con argomenti frettolosi e poco soddisfacenti, ma anche così procede la storia del pensiero, salvo tornare sui propri passi perché non è un fiume, e ad ogni generazione, ad ogni autore, ha la possibilità ed il diritto (a volte è persino un dovere) di imporre a se stessa una revisione critica –, la filosofia del diritto moderna e contemporanea ha esplorato nuove strade speculative allo scopo di reperire una *spiegazione* e, nei casi migliori, una *giustificazione* del fenomeno giuridico, la cui esistenza in associazione ad ogni avvenimento di vita umana collettiva è fuori discussione perché costituisce un'evidenza ⁶.

Si è così sviluppato anzitutto il cosiddetto “giusnaturalismo moderno”, che, come è stato più volte osservato ⁷, con quello classico condivide solamente il nome, giacché si tratta di una dottrina così lontana da quella da risultarne per molti aspetti incompatibile ⁸.

Nel prosieguo, o meglio nella crisi del moderno giusnaturalismo volontarista ⁹ ed in qualche misura come frutto del suo

HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*, in C.I. MASSINI-CORREAS (ed.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 109 e ss.

⁶ Nessuno, nemmeno tra i più audaci contestatori del senso comune, ha mai messo in discussione il brocardo “ubi societas, ibi jus”.

⁷ Tra i campioni internazionali di questa critica figura senza dubbio, come abbiamo già ricordato, MICHEL VILLEY: se ne veda almeno l'opera maggiore, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1985), ed. it. a cura di F. D'Agostino e R. D'Ettorre, Jaca Book, Milano, 1986.

⁸ È quasi un *topos* della storiografia filosofica: ne trattano con lo stesso atteggiamento pensatori di provenienza tanto diversificata come M. BEUCHOT, *Filosofía y derechos humanos, Siglo XXI, México*, 1993; C.I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho. Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005; R.P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; J. FINNIS, *Grounding Human Rights in Natural Law*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2015, 60, pp. 199-225; V. POSSENTI, *Diritti umani. L'età delle pretese*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017, spec. pp. 51 e ss.; F. VIOLA, *Etica e metaetica del diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*.

⁹ Così lo definisce S. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in ID., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano, 2004, pp. 27 e s., con una spiegazione che merita la citazione: “Si suol dire che i diritti