

# NOMOS

Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,  
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale



RUDI DI MARCO\*

## DIRITTI UMANI E DIRITTO. IL PROBLEMA DELLA «COSTITUZIONALIZZAZIONE» DI UN PARADIGMA DEBOLE\*\*

**Abstract [It]:** Il tema dei diritti umani rappresenta l'ultima frontiera del positivismo giuridico: essa tenta di correggerne gli errori e di rimodellarne i limiti. La teoria dei diritti umani, però, resta prigioniera dell'ideologia positivista e non offre nessuna vera garanzia sul piano autenticamente giuridico. Si tratta di una teoria che nemmeno ambisce ad ascendere alla filosofia, accontentandosi del proprio formalismo e degli schematismi proprio del c.d. Stato di diritto. Il tentativo di sostituire il fondamento del giusnaturalismo classico con le varie fonti dei diritti umani, infatti, crea paradossi, ingiustizie, iniquità, aspettative necessariamente deluse.

**Abstract [En]:** The subject of human rights represents the last frontier of legal positivism: it attempts to correct its errors and reshape its limits. Human rights theory, however, remains a prisoner of positivist ideology and offers no real guarantees on the authentically legal plane. It is a theory that does not even aspire to ascend to philosophy. Indeed, the attempt to replace the foundation of classical jusnaturalism with the various sources of human rights creates paradoxes, injustices, inequities, and necessarily disappointed expectations.

**Parole chiave:** Diritto soggettivo, persona, autodeterminazione, positivismo giuridico.

**Keywords:** Subjective right, person, self-determination, legal positivism.

**SOMMARIO:** 1. Premessa introduttiva: vera e falsa filosofia dei diritti umani. – 2. Diritti senza diritto?. – 3. L'eterno ritorno del diritto soggettivo: vecchi schemi, nuove prospettive tra norma e giurisprudenza. – 4. Vecchie pretese, nuovi «diritti»: variazioni sul tema della «libertà» liberale, archetipo-prototipo dei cc.dd. diritti umani. – 5. Nota conclusiva. Ancora sul tema del diritto soggettivo, verso una (apparente) surrogazione della filosofia con la geografia e della politica con l'amministrazione.

\* Dottore di ricerca in Giurisprudenza – Università di Padova. Avvocato del Foro di Udine. Socio dell'*Institut International d'Etudes Européennes "Antonio Rosmini"* di Bolzano.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*. Il contributo riprende e integra la Relazione svolta presso l'Università Nebrija di Madrid (Spagna) il giorno 22 ottobre 2022, dal titolo *I diritti umani di fronte al giusnaturalismo classico. Inconsistenza e vacuità sostanziale di una «legalità» senza fondamento*, in occasione della LIX Reunión de Amigos de la Ciudad Católica dedicata al tema "El problema de los derechos humanos: historia, filosofía, política y derecho".

## 1. Premessa introduttiva: vera e falsa filosofia dei diritti umani

Il tema assegnatomi è indubbiamente ampio e articolato. Esso involge problemi tra i più profondi dell'esperienza giuridica e, per la trasversalità che lo connota, esso lambisce, intrecciandoli tra loro, i più pregnanti e divisivi argomenti delle varie discipline del diritto. Peraltro – come è scontato che sia – il tema in parola è interessato da una letteratura vastissima e trasversale, della quale sarebbe impossibile – ma forse anche inutile – dare compiutamente attestazione.

Se poi si consideri la declinazione giurisprudenziale dei vari aspetti che concernono i cc.dd. diritti umani, o che comunque sono fatti gravitare nella loro orbita, con riguardo all'attività delle varie Corti direttamente o indirettamente poste a loro presidio (sia a livello nazionale, sia a livello *trans*-nazionale e *supra*-nazionale), la mole di materiale sarebbe di fatto «ingestibile» sotto tutti i possibili profili di analisi.

Ciò non significa, tuttavia, che non vi sia o che non possa individuarsi un *fil rouge*, una *ratio* comune, i quali colleghino e uniscano concettualmente teoria, dottrina e giurisprudenza dei «diritti umani» sotto il segno di quello che Danilo Castellano chiama, già dal titolo del suo Lavoro dedicato a questo tema, «razionalismo», o, verosimilmente «antifilosofia politico-giuridica della modernità»<sup>1</sup>.

\*\*\*

Non è questa la sede per addentrarsi in un discorso concernente la filosofia e l'antifilosofia: esso sarebbe troppo ampio ed esso ci porterebbe fuori tema.

Quanto è da rilevarsi immediatamente, però, e con un minimo di concettualizzazione, è rappresentato dal fatto il virtù del quale quella dei «diritti umani» è senza dubbio una “antifilosofia”, anzi, essa è l'archetipo dell'antifilosofia, la sua negazione, quantomeno sul piano dell'indagine giuridica e quantomeno dando all'espressione “antifilosofia” il suo significato letterale. E affermo questo – forse posso riassumere così – non solo in quanto il sistema dei «diritti umani» neghi *ex funditus* la filosofia *in se* (quella classica, per intenderci; quella che Ulpiano chiamava *vera philophia*), e segnatamente in quanto la neghi quale via e quale metodo per la scoperta dello *ius*; ma soprattutto in quanto esso sistema vi si oppone in senso radicale punto ricusando i due i capisaldi filosofici fondamentali *in subiecta materia*: il che cosa del diritto e il che cosa dalla persona.

Peraltro è lo stesso Bobbio – uno dei massimi teorici dei «diritti umani» – ad affermare *apertis verbis* che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli»<sup>2</sup>, giacché – rileva ancora l'Autore – «il fondamento assoluto non è soltanto un'illusione; qualche volta [esso] è anche un pretesto per difendere posizioni reazionarie»<sup>3</sup> e ciò come se il fondamento del diritto, e potrei anche dire l'essere in sé del diritto e dei diritti, fosse giuocoforza opinabile, inconsistente, o addirittura (come il noumeno kantiano) di fatto inconoscibile.

<sup>1</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani. Dell'antifilosofia politico-giuridica della “modernità”*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>2</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, 129.

<sup>3</sup> *Ivi*, 127.

Una vera filosofia dei «diritti umani», *viceversa*, tende necessariamente a trascendere il dato empirico rappresentato dall'eventuale coacervo di norme, più o meno solennemente proclamate e condivise, per guardare diritta alla loro fondazione, e così facendo essa non può innanzitutto non dire che cosa sia il diritto e che cosa sia l'uomo, cioè quale sia l'ontologia del diritto e quale sia l'ontologia dell'uomo. Senza l'intelligenza dell'essere del diritto, infatti, e senza l'intelligenza dell'essere dell'uomo non si danno diritti umani in senso sostanziale, ma solo forme e strutture dal carattere eminentemente nominalistico le quali vigono... perché vigono, si affermano... perché si affermano, sono condivise... perché sono condivise. Nulla più!

La filosofia, insomma, che per essere vera filosofia, anzi *πρώτη φιλοσοφία*, cioè filosofia prima, tende necessariamente alla metafisica – *μετὰ τὰ φυσικά*, come dice Aristotele – non può prescindere dal fondamento del suo oggetto di analisi, altrimenti essa stessa si autoriduce a una mera teoria, quando non a un'apologia. In questo caso, allora, la filosofia dei «diritti umani» non può prescindere dal fondamento degli stessi, anche perché il fondamento, il loro essere-diritti e il loro essere-umani, rappresenta la ragione vera e ultima in virtù della quale l'uomo, in quanto uomo, avrebbe la titolarità dei diritti medesimi e ne sarebbe soggetto.

Escludendo il problema ontologico, infatti, si esclude l'essere; ma escludendo l'essere... resta il nulla, almeno sotto il profilo sostanziale. Escludendo l'essere dell'uomo ed escludendo l'essere del diritto, pertanto, restano, nella migliore delle ipotesi, opinioni, ma a che cosa valgono le opinioni se esse non sono fondate? E soprattutto, quale valore normativo esse possono avere, in quanto opinioni *sic et simpliciter*?

Ancora con riferimento a Bobbio, allora, mi domando quale valore possano avere le Carte e le Dichiarazioni che proclamano i cc.dd. diritti umani – Bobbio si riferiva alla Dichiarazione del 1948 – se la «unica prova con cui un sistema di valori può essere riconosciuto [...] è il consenso generale circa la sua validità»<sup>4</sup>.

\*\*\*

E anche sostenendo – come fa, per esempio, Francesco Viola – che «i diritti umani non sono una concettualizzazione astratta, ma una formazione culturale trasversale del nostro tempo, sostenuta da una coscienza storica attivata dall'esperienza di gravissime ingiustizie»<sup>5</sup>, e cioè sostenendo che essi darebbero luogo a una “pratica sociale” secondo il significato proposto da MacIntyre (il quale, però, è critico relativamente ai «diritti umani» che considera creazioni dell'illuminismo<sup>6</sup>), non si esce dai gangli del positivismo gnostico e  $\alpha$ -fondativo, per quanto si cerchi di uscire dalla sua stessa autoreferenzialità attraverso un connubio tra storicismo e sociologia.

La storia senz'altro lunga dei «diritti umani» – si parla addirittura di generazioni –, però, e l'accoglimento diffuso della loro prassi, non bastano a fondarli: anche la schiavitù, per esempio, aveva una storia millenaria e godeva di un'amplia accettazione sociale; molte altre

<sup>4</sup> *Ivi*, 133.

<sup>5</sup> Cfr. F. VIOLA, *La natura dei diritti umani e il loro fondamento*, in I. TRUJILLO (a cura di), *Storie dei diritti umani*, cit., 142.

<sup>6</sup> Cfr. A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teologia morale*, Milano, Feltrinelli, 1988.

pratiche ontologicamente antiggiuridiche e disumane, come per esempio alcune forme di limitazioni della libertà personale (penso alla segregazione della donna presso certe «culture»), le mutilazioni corporali (penso all'infibulazione), le violazioni della proprietà (penso alla pratica del furto ai danni di coloro i quali stanno al di fuori del proprio gruppo familiare che è invalsa presso alcune realtà) *et coetera* sono parimenti diffuse e parimente accettate o addirittura considerate doverose, credo, però, che esse siano ben lungi dal potersi considerare diritti o addirittura diritti umani. E credo che questo giudizio prescindendo e debba prescindere dalla prassi, giacché, stando alla prassi, ogni prassi è prassi e ogni prassi ha la stessa legittimità storico-sociologica delle altre.

Infatti, se «si può accettare la tesi che i diritti umani devono la propria esistenza al fatto di essere in effetti praticati, ma a condizione che si ammetta che il loro riconoscimento e la loro protezione sono dovuti»<sup>7</sup> – come ancora afferma Viola – ciò significa che la prasseologia supplisce *in parte qua* all'ontologia... alla condizione di ammettere una forma di deonticità della prassi stessa. Questo, però, conferma che la pratica dei «diritti umani» resta una pratica non giustificata e non fondata, se non in virtù della sua stessa effettività; il vuoto concettuale intorno alle ragioni della doverosità della prassi, infatti, si colma con il solo riferimento tautologico all'effettività della stessa, per esempio al «noi qui facciamo così» di Taylor<sup>8</sup>, ma le ragioni del perché si debba fare così, o comunque del perché si faccia così, al di là del costume, restano oscure. Anzi, è evidente che esse allignino in un certo modo di intendere l'autolegittimazione della volontà come e in quanto sovranità *lato sensu* intesa.

I «comportamenti cooperativi che appartengono a un orizzonte comune»<sup>9</sup>, invero, danno conto di un dato sociologico, ma non lo fondano, tantomeno essi lo giustificano o ne fanno emergere il carattere di legittima doverosità. E infatti è coerente con quest'impostazione la tesi – sostanzialmente positivista – secondo la quale qualora la pratica dei «diritti umani» venisse meno, essi stessi non sussisterebbero come «diritti». Meno coerente tuttavia è ritenere che il vuoto prasseologico dei «diritti umani» darebbe luogo a «doveri non riconosciuti e disattesi e soprattutto [a] gravi offese alla dignità umana»<sup>10</sup>, poiché in questo caso occorrerebbe dire come mai e sulla base di quali criteri «comportamenti cooperativi che appartengono a un orizzonte comune», di segno opposto a quelli che concernono la pratica dei «diritti umani», anziché promuovere diritti, disattenderebbero doveri e offenderebbero la dignità. Anche la dignità, infatti, va fondata ontologicamente prima di essere proclamata e difesa, e per potere essere proclamata e difesa in senso sostanziale.

Reginaldo Pizzorni, per esempio, criticando l'appena citato Bobbio, correttamente afferma, in ordine a questi problemi, che «se i valori ultimi non si giustificano, ma si assumono, è segno che tutti i valori si equivalgono e che non c'è un criterio per provare la superiorità [...] di essi rispetto ad altri. Inoltre, poi, è difficile vedere come ci si possa battere

<sup>7</sup> Così: F. VIOLA, *La natura dei diritti umani e il loro fondamento*, in I. TRUJILLO (a cura di), *Storie dei diritti umani*, cit., 143.

<sup>8</sup> Cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS - C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, 51.

<sup>9</sup> *Ivi*, 142.

<sup>10</sup> *Ivi*, 143.

per dei diritti che vengono considerati solo come assunzioni [...], avendo un fondamento contingente, convenzionale, e quindi necessariamente caratterizzato nel senso dell'arbitrarietà, sia esso collettivo [...], sia esso individuale»<sup>11</sup>.

## 2. Diritti senza diritto?

I «diritti umani», infatti – ripiglio il discorso – rivendicano di pretermettere sia il diritto sia l'uomo in virtù di una loro asserita capacità autofondativa, la quale sarebbe vieppiù basata su un certo modo d'intendere il consenso che li «accoglie» come tali. Le teoriche dei «diritti umani», invero, surrogano ogni possibile indagine circa l'essere in sé della persona, circa la di lei natura, con una forma di libertà e di volontà individuali le quali ne dovrebbero e ne potrebbero prescindere. Il loro problema, in altre parole, non è che cosa è l'uomo e quale è il suo diritto, quanto piuttosto che cosa egli vuole per sé e se quello che egli vuole e sociologicamente ritenuto influente per gli altri.

Sul punto la posizione di Pietro Barcellona, per esempio, è chiarissima: «mettersi sul terreno di dedurre norme dalla natura umana può produrre solo follia, quando non serve a costruire un'ideologia deresponsabilizzante»<sup>12</sup>. E ciò significa – la deduzione di Barcellona è coerente, anche se a mio avviso insostenibile – che «la libertà dell'individuo diventa [...] il “vero” fondamento della nuova epocalità globale»<sup>13</sup>, eppertanto essa diviene il vero e unico contenuto dei «diritti umani». I «diritti umani», quindi, non sarebbero, propriamente, i diritti che l'uomo ha o che all'uomo vengono variamente attribuiti per norma, non sarebbe l'uomo, insomma, il loro soggetto, *viceversa*, essi, in quanto «*derechos libertades que indican posibilidades psíquicas, intelectuales o físicas del individuo*»<sup>14</sup> – come li definisce Segovia, per esempio – avrebbero la volontà individuale come «soggetto» – se così posso dire – e il libero sviluppo della libertà come oggetto e come fine: come oggetto di tutela e come scopo da perseguirsi. La libertà-autodeterminazione dell'individuo, infatti, sarebbe, per metonimia, l'individuo stesso, dunque il vero soggetto dei citati “*derechos libertades*”.

Tornerò dopo sul punto, con qualche annotazione conclusiva.

Rilevo subito e a scanso di equivoci, però, che la quantità di materiale dottrinale, normativo e giurisprudenziale sul tema dei cc.dd. diritti umani non si caratterizza – almeno sulla base di una mia (parziale) lettura – per una particolare «vivacità», risultando vieppiù apologetico il primo, cioè il materiale dottrinale; e sostanzialmente ripetitivi i secondi: anche nelle «evoluzioni» che la normativa e la giurisprudenza hanno avute, infatti, esse non innovano in senso sostanziale il *cliché* positivisticò di riferimento (né, forse, potrebbero farlo, date le premesse e per quel che attiene alla giurisprudenza, data anche la sua propria

<sup>11</sup> In questi termini: R. PIZZORNI, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2003, 551.

<sup>12</sup> Cfr. P. BARCELLONA, *La costruzione dell'Europa e i diritti umani*, in ID. - A. CARRINO (a cura di), *I diritti umani tra politica, filosofia e storia, Tomo primo, I diritti dell'uomo nella prospettiva europea*, Napoli, Guida, 2003, 27.

<sup>13</sup> *Ivi*, 26.

<sup>14</sup> Cfr. J.F. SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 30.



funzione), proponendo e riproponendo, di fatto, sempre gli stessi schemi per così dire liberali, e fuggendo, sempre e sempre di più, dal problema fondativo. Dopotutto se occorre prendere atto delle Carte e delle Dichiarazioni e adorare il contenuto, che appunto sarebbe da proteggersi e non da discutersi, lo sforzo e lo stimolo intellettuale si riduce a poca cosa.

\*\*\*

Invero, con una battuta che dà conto di un paradosso solo apparente, potrei dire che oggi risulta assai difficile trovare nel mondo del c.d. *ius quo utimur* qualche cosa – un caso, un tema, un argomento – il quale non involga o non possa involgere una delle molteplici forme di declinazione dei «diritti umani», ovvero il quale non sia esso stesso declinabile *tout court* secondo gli schematismi della loro retorica, rimanendone di fatto «ingabbiato».

Se poi tra i «diritti» cc.dd. fondamentali o inviolabili campeggi, per esempio, il «diritto» di “ottenere la felicità”, come recita peraltro l’art. 1 della Costituzione del Massachusetts, (assieme ad altre degli Stati Uniti d’America<sup>15</sup>), ben tosto si capisce che difficilmente una rivendicazione soggettiva, una pretesa, un desiderio, possono essere coerentemente estromessi dal novero dei «diritti» in parola e dal novero delle facoltà agli stessi collegate, e ciò proprio perché il raggiungimento della felicità, che potremmo anche declinare sotto il paradigma del c.d. benessere<sup>16</sup>, può di fatto perseguirsi per le vie più disparate<sup>17</sup>, ed esso può anche consistere nelle cose più strane e improbabili. Villey, per esempio, riporta l’osservazione di Bussowki, il quale, meravigliandosi che in America fosse contemplato un tale “diritto alla felicità”, si domandava «che cosa succede [...] se la felicità del signor X... consiste nell’uccidere la moglie»<sup>18</sup>.

E il problema va ben oltre l’icastica battuta: esso, oltre a interessare l’impianto teoretico-fondativo – che non c’è –, infatti, investe immediatamente la stessa teoria dei «diritti» e la stessa coerenza interna dello e nello Ordinamento considerato. Poiché tra contrastanti pretese e tra contrastanti facoltà che declinano l’esercizio della medesima fattispecie normativa astratta, o che in questa siano comunque sussumibili, occorre discernere quali siano quelle legali e quali quelle illegali; quali abbiano, in altre parole, «diritto» di cittadinanza nell’Ordinamento e quali no. E la scelta – evidentemente – deve farsi su presupposti diversi ed esterni rispetto a quelli – razionalistici, ma non razionali – che hanno ingenerato la

<sup>15</sup> Si vedano, per esempio, l’art. 1 della Costituzione del Nuovo Hampshire e l’art. 1 della Costituzione del Vermont.

<sup>16</sup> Annoto, anche con rinvio a un mio precedente contributo (R. DI MARCO, *Le paradoxe du bien-être contre le bien. Analyse de la sentence de la Cour suprême du Royaume-Uni relative au cas d’Alfie Evans*, in *Catholica*, Paris, Catholica, 2018, 140, 88-96), che altra è la dimensione oggettiva del bene, la quale fa riferimento all’ordine proprio dell’ente, in questo caso all’ordine proprio del bene della persona; e altra è la percezione o sensazione che l’individuo ha relativamente alla consonanza delle proprie condizioni (fisiche, molar, sociali, intellettuali *et similia*) rispetto al modello o al progetto di sé che egli stesso assume come buono e come fonte di soddisfazione *lato sensu* intesa. Sotto questo rispetto, invero, il c.d. benessere può anche porsi contro il bene e dunque contro la persona. Per esempio il benessere della persona dipendente da sostanze stupefacenti, il quale coincide con e dipende dalla assunzione periodica delle stesse, è esso palesemente contrario al bene di lei, il quale, *viceversa*, le imporrebbe di astenersi da pratiche lesive della sua salute fisica e mentale.

<sup>17</sup> Infatti, come scrive Kant, «ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona»: I. KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in N. BOBBIO - L. FIRPO - V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1965, 255.

<sup>18</sup> Cfr. M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell’uomo*, Siena, Cantagalli, 2009, 24.

«confusione» e che consistono in una formulazione del «catalogo dei diritti» così ampia ed eterogena da «promettere l'infinito»<sup>19</sup>, come scrive ancora Villey.

\*\*\*

In un modo o nell'altro, invero, la possibilità teorica di invocare i cc.dd. diritti umani, anche e soprattutto *sub specie* di diritti costituzionali e/o costituzionalizzati, risulta ognorpiù attuale e contingente rispetto a qualsivoglia «pretesa» soggettiva, soprattutto rispetto a quelle pretese che afferiscono all'ambito del privato *lato sensu* inteso<sup>20</sup>.

La qualcosa non significa – è bene precisarlo immediatamente – né che ogni pretesa sia giuridicamente fondata *in se*, né significa che ogni pretesa trovi, per il solo fatto di essere invocata, un modo per entrare nei gangli della c.d. legalità costituita, eppertanto per affermarsi come «diritto» soggettivo-positivo, come «diritto umano», come facoltà legale. Ciò attiene alla «logica» di quello che, mutuando l'espressione adoperata da Zagrebelsky per descrivere il c.d. Stato politologico, potremmo chiamare il «mercato delle leggi»<sup>21</sup>. Ciò attiene, in altre parole, alla dinamica dei rapporti di forza capaci di attestarsi, più o meno provvisoriamente, a livello *lato sensu* partitico, quindi a livello di esercizio concreto del potere c.d. politico. E poco importa che questo giuoco si disputi nel terreno interno del «diritto» costituzionale, con varie forme di bilanciamento, o in quello *supra*-statuale apparecchiato *ad hoc* da Istituzioni, Organismi, Soggetti, Enti *et coetera*, i quali rispondono alle logiche del c.d. diritto internazionale pubblico, anzi, sovente gl'ambiti più prolifici in materia di «nuovi diritti» sono proprio questi secondi, dei quali il «diritto» interno e la sua evoluzione, anche quella costituzionale, risultano vieppiù tributarii.

\*\*\*

In verità, allora, quanto cennato rappresenta il primo problema interno alla stessa teoria dei «diritti umani»: infatti, come è stato condivisibilmente osservato, «la lista dei diritti è oggi apertissima [e] diritto può diventare tutto ciò che è desiderabile»<sup>22</sup>, la qualcosa suggerirebbe già una sorta di vacuità ontologico-sostanziale dei «diritti» medesimi, fattualmente ridotti – se così posso dire – a «scatole» vuote, cioè a «contenitori» idonei ad accogliere – ma anche a estromettere! – qualunque cosa, e idonei a dare la loro forma normativo-legale al contenuto del quale essi stessi vengono in un modo o nell'altro ricolmati da chiunque abbia il potere di farlo. E il modo – come ho provocatoriamente detto prima – non ha nulla a che vedere colla giuridicità, col *suum quique tribuere* del quale parla, per esempio, Ulpiano. Cioè le «condizioni» in virtù delle quali qualche cosa – una pretesa, un'istanza – diventa effettivamente «diritto», e particolarmente «diritto umano», cioè facoltà azionabile come tale – e un'altra no... – non dipendono né dalla giuridicità, né dalla normatività *stricto sensu* intesa:

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Infatti è stato osservato che «la significativa conversione degli “interessi” in “diritti” [...] è stata il frutto della speranza che un simile processo li rendesse intoccabili [...]. Ma non esistono limiti a questa conversione [...] motivo per cui il mondo politico è divenuto presto saturo di rivendicazioni di diritti. L'onere che deve gravare su una persona per onorare la rivendicazione di un diritto potrebbe essere interpretata [a sua volta] come una violazione dei suoi [stessi] diritti» (M. KOSKENNIEMI, *Diritti, storia, critica*, in I. TRUJILLO (a cura di), *Storie dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2021, 39).

<sup>21</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 44.

<sup>22</sup> Cfr. U. VINCENTI, *Prima il dovere. Una ragionevole critica dei diritti umani*, Napoli, Jovene, 2011, 21.

non dalla prima, poiché essa esigerebbe un fondamento nell'ordine della giustizia naturale, aprioristicamente escluso; non nella seconda, a meno di ridurla – e pur con eccezioni di non poco momento – al formalismo delle procedure, poiché, l'istanza stessa del «nuovo diritto» postula revisioni e integrazioni dell'Ordinamento vigente in una prospettiva “includente” – mutuo la felice espressione di Castellano<sup>23</sup> –, cioè in una prospettiva di relativistica apertura a qualunque cosa e meglio dovrei dire a qualunque sviluppo delle sue stesse *rationes*.

L'apertura *de qua*, infatti, – come vedremo meglio dopo – è essa sempre e necessariamente un'apertura nel sistema e del sistema, mai al di fuori da questo. Dunque, sotto questo rispetto, vi è sempre e necessariamente una forma di intrinseca legalità dei «diritti umani», la quale li lega a una precipua concezione dello Stato... onde le proclamate rivoluzioni dei diritti umani – qui dovrei dilungarmi, ma non posso farlo in questa sede – sempre avvengono per via di riforma, cioè attraverso meccanismi più o meno coerenti col sistema di riferimento. Per esempio, con riguardo agli sviluppi che ha avuta l'interpretazione estensiva dell'art. 2 della Costituzione italiana, Livio Paladin (il quale fu in parte critico, osservando che «la portata dell'art. 2 non dovrebbe venire forzata dagli interpreti e dai giudici»<sup>24</sup>) ebbe a rilevare che il citato art. 2 «concorre [...] a definire la stessa forma di Stato, ponendo a base di essa [...] il principio personalista [...] ovvero quello che altri denomina principio liberale»<sup>25</sup>. E sarà proprio sulla base di questo “principio”, il quale in realtà è un'opzione, che la Giurisprudenza costituzionale elaborerà un vero e proprio sistema interno di «diritti umani», anche andando a espungere dall'Ordinamento norme o parti di norme con questo contrastanti. Sotto questo profilo, allora, la Costituzione non sarebbe «tradita» o «violata», ma attuata, attuata segnatamente nel senso del personalismo contemporaneo fatto proprio dai Costituenti e condensato nel citato art. 2 del testo vigente.

Un immediato esempio – uno tra i tanti – è tosto offerto dalla recente Sentenza n. 242 del 2019 (c.d. caso Cappato), con la quale la Corte costituzionale ha operata *in parte qua* una «riscrittura» della disposizione *sub* art. 580 c.p., in materia di aiuto al suicidio, attraverso una declaratoria di incostituzionalità *sui generis*: la Corte, infatti, ha costituzionalizzato – se così posso dire – le procedure previste dalla L. 219/2017 in tema di rifiuto delle cure, per legittimare l'aiuto al suicidio quando ricorrano le circostanze di fatto che consentono la c.d. eutanasia passiva e ciò sulla base – personalistica, appunto – che la dignità della persona alberghi nell'assoluta autodeterminazione del suo stesso volere. Ma, come ho detto prima, gl'esempi non si contano.

---

<sup>23</sup> Danilo Castellano osserva che la laicità escludente «implica [indicativo mio], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo mio] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso, [...] mentre la laicità includente] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa» (cfr. D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 31).

<sup>24</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1998, 572.

<sup>25</sup> *Ivi*, 562.



### 3. L'eterno ritorno del diritto soggettivo: vecchi schemi, nuove prospettive tra norma e giurisprudenza

Ebbene, come tutti ricordiamo – mi limito anche qui a un cenno – nel saggio che Villey dedicò ai «diritti umani», e che prima ho citato, egli rilevò preliminarmente tre vizi comuni a questi «nuovi diritti»: egli disse che essi sono “irreali”, indeterminati e “inconsistenti”; egli aggiunse che «il programma delle Dichiarazioni è contraddittorio [poiché] esse collezionano una profusione di diritti d'ispirazione eterogenea». L'Autore, poi, osservò che «l'immaginazione dei nostri contemporanei è inestinguibile e ha prodotto le specie più bislacche»<sup>26</sup>; egli concluse, in fine, annotando che «ciascuno dei cosiddetti diritti dell'uomo è la negazione di altri diritti dell'uomo e, se esercitato separatamente, [esso] genera ingiustizie»<sup>27</sup>.

Il rilievo è sulfureo, quasi beffardo, ma esso dà conto di dato oggettivo. Non si tratta solo di rilevare – ancora con Villey – che «il loro torto è di promettere troppo»<sup>28</sup>, ma si tratta di rilevare, ancora prima e ancora più approfonditamente, che nella loro indeterminatezza essi comportano l'evaporazione stessa del diritto, della regola, e ciò ad appannaggio di una certa forma di anarchia, anche se forse sarebbe preferibile parlare, con un ossimoro, di  $\alpha$ -giuridicità. Il *vacuum* concettuale dei «diritti umani», cioè, non solo li rende indeterminati e virtualmente aperti a tutto e al contrario di tutto – come si dice –, ma particolarmente li caratterizza *in nuce* per una congenita defezione alla regola autenticamente normativa, vale a dire che li caratterizza per un'incompatibilità di fondo con qualunque regola sia essa volta a disciplinare una condotta, a ordinare l'esercizio di una facoltà secondo criterii di intrinseca oggettività. Ovviamente questo vale solamente per il loro titolare...

\*\*\*

Si pensi – entro subito *in medias res*, correndo il rischio di essere inelegante – all'art. 8 della C.E.D.U. e al rispetto della vita privata e familiare che esso impone; si tratta di una disposizione «gemella» rispetto, per esempio, al co. II dell'art. 11 del *Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos)* del 1969 a mente del quale «*nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, [y] en la de su familia*».

Ebbene l'affermazione secondo la quale ciascuno avrebbe diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ed egli avrebbe diritto a non subire interferenze arbitrarie – pur non essendo in sé astrattamente falsa, giacché il privato della vita privata e l'intimità delle persone sarebbero in un certo senso naturali – essa apre, anzi spalanca le porte alla negazione del diritto di famiglia (e ancora prima del diritto privato), cioè alla negazione della stessa possibilità di un diritto che regoli i rapporti concernenti la vita privata e familiare delle persone, che li regoli dall'interno, intendo dire. Che li informi, cioè, a un principio d'ordine il quale sia condizione e criterio del loro stesso essere rapporti giuridici, rapporti di vita autenticamente familiare, sul presupposto che la persona e la famiglia non siano

<sup>26</sup> Cfr. M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, cit., 25. Le precedenti citazioni si v. *Ivi*, 23-24.

<sup>27</sup> *Ivi*, 26.

<sup>28</sup> *Ivi*, 23.

opzioni arbitrarie, ma realtà; non siano moduli componibili e scomponibili *ad libitum* – ancora una volta mutuo un’espressione di Danilo Castellano<sup>29</sup> – ma sostanze oggettive e integrali, latrici per sé stesse della natura loro propria; di una natura che è normativa e regolativa in sé.

Ciò che l’interpretazione giurisprudenziale delle norme in parole mette in chiarissima luce, infatti – aspetto dal quale non può prescindere per la loro lettura – non è un’applicazione del principio di sussidiarietà classicamente inteso, onde l’intervento dell’Autorità *in rebus familiaris* debba essere limitato a ipotesi di deficienza di autonomia dei soggetti coinvolti, vale a dire a ipotesi nelle quali essi non siano in grado, da sé medesimi, di trovare l’ordine proprio del loro *status* e di ubbidirvi spontaneamente; quanto piuttosto la giurisprudenza *in subiecta materia* porta a considerare le stesse regole di diritto familiare e le stesse norme poste a garanzia della persona, come regole le quali, normando appunto la vita privata e familiare dei soggetti, siano esse *ex se* lesive della loro... *privacy* familiare, del loro modo di intendere sé stessi e la famiglia. Lesive, sotto questo profilo, sarebbero allora le norme che vietano l’eutanasia, quelle che non consentono il divorzio, quelle che non permettono matrimoni tra persone dello stesso sesso, quelle che non riconoscono il c.d. genere sessuale secondo i *desiderata* dell’individuo *et coetera*.

\*\*\*

Il problema della famiglia e la questione attinente al suo diritto, come *a fortiori* il problema della persona, infatti, vengono vieppiù ridotti a un capitolo del c.d. diritto alla riservatezza, a un recinto all’interno del quale, ciascuno, col consenso degli altri che decidono liberamente di stargli accanto (lo stare assieme è un’altra cosa!), può agire come crede e può – riprendo il discorso di prima – perseguire la felicità coi mezzi che egli ritenga per sé preferibili. Tant’è vero che Viggiani, per esempio, osserva che «il passaggio dalla semplice *informational privacy* a una ben più profonda *fundamental decision privacy* [...] determina] un più ampio diritto di scelta sulla propria vita, contro ogni forma di controllo pubblico e [di] stigmatizzazione sociale»<sup>30</sup>. Come a dire che il c.d. diritto alla riservatezza esclude l’oggetto suo proprio, lo spettro operativo della sua ampiezza, dal novero di ciò che è regolabile, disciplinabile, valutabile sulla base di criteri *lato sensu* oggettivi.

E in effetti, scorrendo, per esempio, la copiosa Giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 8 C.E.D.U., la quale, come cennato, spazia dal «diritto» all’eutanasia<sup>31</sup>, al «diritto» al riconoscimento delle unioni omosessuali<sup>32</sup>, al «diritto» alla c.d. procreazione medicalmente

<sup>29</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *L’ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

<sup>30</sup> Cfr. G. VIGGIANI, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio. L’omosessualità nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, Milano-Udine, Mimesis L.G.B.T., 2015, 33.

<sup>31</sup> A titolo di mero esempio, e senza entrare nel merito delle pur significative differenze che emergono dalla lettura delle pronunzie citate, si vedano: 29 aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Pretty versus Regno Unito*, Ricorso n. 2346/2002; 19 luglio 2012, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Koch versus Germania*, Ricorso n. 497/09.

<sup>32</sup> Con la medesima avvertenza della precedente nota, si richiamano le seguenti pronunzie: 24 giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Schalk et Kopf versus Austria*, Ricorso n. 30141/04; 21 luglio 2015, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Oliari (et alii) versus Italia*, Ricorsi n. 18766/2011 et 36030/2011.

assistita<sup>33</sup>, al «diritto» al c.d. mutamento di sesso (anche prescindendo dall'intervento chirurgico-estetico sugli organi genitali)<sup>34</sup> *et coetera*, si ha immediata contezza del problema in narrativa. Non emerge mai, mai, la questione del giuridico, del giusto e dell'ingiusto, del dovuto per ragioni di giustizia, dell'ordine e del problema fondativo: emerge piuttosto, sempre, il problema geografico dell'amministrazione di spazi; o, se si preferisce, l'individuazione di questi spazi viene gabelata per questione giuridica, e lo spazio variamente individuato viene a sua volta gabelato per diritto.

Altro però è il diritto, aspetto che investe una dimensione eminentemente qualitativa, e altro è lo spazio, aspetto che investe una dimensione esclusivamente quantitativa; e ridurre il profilo della qualità alla dimensione della quantità, significa negare che la qualità abbia di fatto valore.

\*\*\*

La cosa, per esempio – mi limito a un cenno, consapevole che bisognerebbe approfondire – risulta evidentissima con riguardo alla radicale evaporazione della causa in ordine ai negozi che disciplinano le cc.dd. unioni civili, dove ciò che la legge istituzionalizza con una struttura concepita sulla falsariga del matrimonio è null'altro che un legame sentimentale occasionato dall'attrazione tra due individui. La legge, in altre parole – in Italia il riferimento è alla c.d. Legge Cirinnà n. 76/2016 –, trasforma il desiderio di due persone di essere considerate famiglia, e di godere la relativa disciplina (economica, previdenziale, successoria, fiscale *et coetera*), in «diritto» a formarsi una famiglia all'interno dell'Ordinamento giuridico vigente, anzi – meglio ancora – in diritto affinché il proprio legame abbia una forma istituzionalizzata e sia «considerato» dall'Ordinamento medesimo, a ogni effetto, come legame familiare. Ciò, evidentemente, prescinde *in toto* dalla natura stessa della famiglia, dal suo ordine, dalla sua realtà, ma anche dalla sua previgente disciplina normativa, ridotta a opzione legale suscettibile di trasformazione ed evoluzione e suscettibile di «aprirsi» a qualsivoglia progettualità soggettiva. Non importa – ecco il punto – il dato qualitativo rispetto all'essere o al non-essere della famiglia, rispetto alla sussistenza oggettiva del diritto legato alla realtà, importa solamente il dato quantitativo concernente nell'estensione della forma normativo-legale dell'unione familiare a quanti la desiderino per sé.

Ovviamente, come per la questione inerente il c.d. diritto al suicidio assistito, anche in questo caso non tutte le forme di autodeterminazione del volere nell'ambito della vita privata e familiare trovano lo stesso *favor legis*: come nel caso del suicidio assistito, infatti, lo *ius positum* continua a distinguere, anzi con la terminologia dei «diritti umani» dovrei dire che esso continua a discriminare. Così come, infatti, continua ricadere nello spettro punitivo dell'art. 580 c.p. colui il quale agevoli l'altrui suicidio, qualora non ricorrano le condizioni

<sup>33</sup> Sempre con il medesimo avvertimento, si vedano le sentenze: 4 dicembre 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Dickson *versus* Regno Unito, Ricorso n. 44362/04; 1 aprile 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, S. H. (*et alii*) *versus* Austria, Ricorso n. 57813/00.

<sup>34</sup> Rinnovando ancora il *caveat* di prima, si rinvia alle seguenti decisioni: 19 gennaio 2021, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, X *et* Y *versus* Romania, Ricorsi n. 2145/2016 et 20607/2016; 9 luglio 2020, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Y. T. *versus* Bulgaria, Ricorso n. 41701/2016.

*sub* l. 219/2017, allo stesso modo continuano a non essere legalizzate, o addirittura a costituire reato, forme di unione interpersonale, ancorché baste sull'afflato sentimentale e sul desiderio reciproco degli interessati, le quali, come l'incesto, per esempio, o come la poligamia, non entrino nelle «strutture» previste dalla citata legge Cirinnà; le quali non siano – si dovrebbe dire in termini tecnicamente corretti – sussumibili entro gli estremi della fattispecie astratta ivi contemplata.

\*\*\*

Dove sta il «diritto umano», allora? Quale è il suo *proprium*? Quale è – dovrei dire – l'opzione che lo contempla?

Relativamente ai veduti casi, invero, il «diritto umano» non alberga né nel «diritto» all'assoluta autodeterminazione in ordine alla propria vita, né nel «diritto» all'assoluta autodeterminazione in ordine alla propria famiglia, i quali, venendo affermati in un modo, vengono negati in altri. Il «diritto» *de quo*, infatti, alberga, a ben vedere, nel modo della sua positività, eppertanto esso, come tutti i diritti soggettivi della modernità, alberga nella fattispecie normativa. Essa ci dice finalmente che cosa è e che cosa non è «diritto umano». E ancora una volta occorre rilevare che la sola libertà legalmente esercitabile è quella... costituita, cioè quella che le norme vigenti ammettono come spazio per l'autodeterminazione del volere.

Certamente essa, come abbiamo veduto, è una libertà negativa, una libertà dal diritto, dalla regola, dal principio, dall'ordine; e quindi essa dà conto di una certa liberazione del proprio soggetto, ma la liberazione che essa medesima attua per norma è pur sempre interna all'Ordinamento ed essa non è mai completa o totale, né potrebbe esserlo, ovviamente, giacché la liberazione totale dovrebbe sostanziarsi nella negazione dell'Ordinamento in quanto complesso di prescrizioni.

Che poi le forme di «liberazione legale» attuate da questo genere di norme siano, oltreché incomplete, anche geneticamente parziali o settoriali, cioè poste ad appannaggio solamente di alcune fattispecie, esso è un problema il quale può essere occasionato almeno da due fattori. Da un lato la parzialità o settorialità delle norme *de quibus* può essere data dall'impossibilità logica di contemperare gl'opposti. La libertà, per esempio, del coniuge che voglia divorziare è inconciliabile con quella del coniuge che voglia mantenersi nello stato coniugale: o si consente la liberazione legale del primo, o quella del secondo. Da un altro lato, invece – e questo è il punto più problematico – la parzialità in parola può dipendere da inibizioni sociali e da freni culturali – segno, peraltro, di una carsica esigenza di ordine – i quali non farebbero socialmente accettare il compimento del processo di liberazione avviato. Questo, per esempio, sarebbe il caso del diritto al suicidio per colui il quale non versi nelle condizioni *sub* l. 217/2019, che l'Ordinamento italiano non contempla ancora nella sua integralità; oppure quello della bigamia o della poligamia; quello dell'incesto; quello della c.d. maternità surrogata *et similia* i quali le norme continuano a vietare, pur rappresentando, essi, possibili forme di sviluppo della personalità intesa in senso personalistico.

\*\*\*

Il problema operativo, allora, che non è solo operativo, e che è interno alla stessa teorica dei «diritti umani», consiste nel definire una *ratio distinguendi* in virtù della quale discernere, tra la moltitudine vastissima di pretese che potrebbero essere invocate, quelle che effettivamente possano essere idonee, *legibus sic stantibus*, a ricolmare gl'appena citati diritti-contenitore, divenendo, così, esse stesse, a loro volta, «diritti», «diritti umani», «diritti inviolabili», «diritti di libertà» *et similia*. Essi, però, per come vengono intesi, codificati e finalmente elaborati dai Giudici, non danno conto di un diritto della libertà, cioè di un diritto che abbia per oggetto la disciplina della libertà, che la guidi e che la ordini secondo i principii di giustizia, quanto piuttosto danno conto di una libertà dal diritto, ma non dall'Ordinamento, la quale è liberazione pel loro titolare e (spesso) sopruso per gli altri.

Infatti, può mai essere giuridica una libertà dal diritto?

#### 4. Vecchie pretese, nuovi «diritti»: variazioni sul tema della «libertà» liberale, archetipo-prototipo dei cc.dd. diritti umani

Il punto, allora, è proprio questo: la «pretesa», o per meglio dire la confusione del «diritto» con la pretesa, con la pretesa – direi – presentata come «rivendicazione», cioè come richiesta, individuale o collettiva – ma sempre soggettivistico-volontaristica –, di ottenere qualche cosa da parte dell'Ordinamento di volta in volta considerato, e sostanziantesi in una forma, più o meno complessa, di liberazione.

L'istanza in parola, a sua volta, può poggiare su due contrapposte premesse concettuali, alla fine, però, l'unica premessa idonea ad innescare il «meccanismo» formale di «riconoscimento», portandolo a compimento, è solo e necessariamente la prima. La pretesa, infatti, può tanto fondarsi sul presupposto che il «diritto» rivendicato sia esigito dall'applicazione di una *ratio* interna al sistema – su questo, per esempio, si basa tutta la lettura giurisprudenziale dell'art. 2 della Costituzione italiana, quale norma a fattispecie sì «aperta»... ma aperta al solo sistema costituzionale, quindi dallo stesso circoscritta<sup>35</sup> –; quanto essa pretesa può fondarsi sulle basi del c.d. giusnaturalismo moderno, il quale implica e «giustifica» concettualmente il contrattualismo alla genesi del c.d. Stato civile, talché l'istanza di riconoscimento dei «nuovi diritti» germinerebbe dall'astratta titolarità

---

<sup>35</sup> È oramai consolidato l'orientamento della Corte costituzionale secondo il quale la disposizione *sub* art. 2 Cost. debba essere intesa e interpretata quale norma a “fattispecie aperta”. Ciò significa che sotto lo spettro di protezione della stessa debbano a ricadere, a seconda delle interpretazioni del Dettato costituzionale di volta in volta date dalla Corte stessa, tutti i vari «diritti» contemplati dall'Ordinamento, i quali siano anche latamente riconducibili alla *ratio tutelae* della *Weltanschauung* costituzionale. I Giudici delle leggi, invero, con riguardo all'art. 2 Cost., hanno riaffermato «il carattere di detto parametro quale norma a fattispecie aperta, diretta a recepire e garantire le nuove esigenze di tutela della persona» (6 febbraio 2006, Corte Costituzionale, Sentenza n. 61, Presidente Marini, Redattore Finocchiaro). Conformemente la Corte costituzionale si era espressa già con le Sentenze n. 561/1987 (sulla c.d. libertà/identità sessuale); n. 139/1990 (sul c.d. diritto alla *privacy*); n. 346/1989 (sui cc.dd. diritti degli invalidi/disabili); n. 559/1989 (sul c.d. diritto all'abitazione). Ciò significa – come insegna Castellano – che «l'apertura [operata con l'elaborazione della c.d. fattispecie aperta] è da considerarsi [...] come uno sviluppo (una «gemmazione») coerente dei principii e degli enunciati costituzionali» (D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., 26, nota 10).



degli stessi in capo all'individuo dello stato di natura, e dunque dalla necessità di conservarli in quello civile.

Come abbiamo di già veduto, e come vedremo, però, il positivismo intrinseco all'ideologia dei «diritti umani», di fatto ne lega lo sviluppo alla declinazione – eventualmente alla c.d. interpretazione estensiva – della sola norma positiva, del solo dato normativo condensato in una Carta, in una Costituzione, in un Trattato *et similia*, come tali posti al vertice di determinati sistemi od ordinamenti (statuale, internazionale, comunitario, sovranazionale *et coetera*). E se anche venissero ammessi *in thesis* «diritti» anteriori a quelli positivi, come ammette per esempio Locke con riguardo alla *property*, essi «diritti» sarebbero comunque «naturali» e non legali, cioè astratti e non concreti, ipotetici e non effettivi, e la loro interpretazione *sub specie* di «diritti» positivi, dunque il loro contenuto contingente, dipenderebbe sempre e necessariamente dal sovrano, cioè dalla loro conformazione normativa all'interno dell'ordinamento vigente<sup>36</sup>.

\*\*\*

Si tratta di una questione – quella del «fisiologico» positivismo dei «diritti umani» – la quale anche il già citato Livio Paladin, per esempio, fa notare: egli infatti osserva che «è pur sempre ai sensi dell'ordinamento giuridico [...] che si deve stabilire in che cosa consistano i vari diritti inviolabili e quali siano [...] le corrispettive garanzie [...] il che comporta [...] che i diritti stessi «si risolvono integralmente nel diritto positivo» [...] sicché rimane esclusa [...] l'immediata applicabilità [...] dei «precetti di diritto naturale»<sup>37</sup>.

Giusta la teoria dei «diritti umani», infatti, non si danno «diritti umani» i quali non siano innanzitutto «diritti» positivi e i quali non rispondano, pertanto, alla logica dello *ius quia iussum*. Felice Battaglia, per esempio, dopo avere rilevato che i «diritti umani» sono proprii della modernità (assiologicamente intesa), e che la loro concettualizzazione è del tutto estranea al mondo classico, osservò correttamente che «l'età moderna conosce [...] i diritti essenziali e fondamentali dell'uomo [...] poiché si è sforzata [...] di formularli e di fissarli in memorabili testi che ben possono dirsi le riconosciute tappe della sua travagliosa istoria. Sono appunto le Carte dei diritti»<sup>38</sup>. Le Carte dei «diritti», quindi, sarebbero in un tempo fonte e fondamento degli stessi, anzi... fondamento in quanto fonte e fonte in quanto *ius positum*. Quali siano poi i motivi remoti o le cause storiche che alla positivizzazione *de qua* hanno di fatto portato, esso è un discorso diverso e invero inconferente rispetto alla dinamica operativa dei «diritti umani».

\*\*\*

La lunga storia dei «diritti umani», invero – se così posso dire – è una storia liberale (iniziata come liberale *stricto sensu* e oggi volta alla forma collettivistico-radicalista), ed essa è tutta declinabile secondo il paradigma della volontà che «rivendica», per il suo stesso

<sup>36</sup> Infatti – come scrive Danilo Castellano – lo stesso Locke «finisce nel giuspositivismo assoluto per via ermeneutica. Il diritto naturale, infatti, a suo avviso, per essere determinato e, quindi, per avere «contenuto» necessita di essere interpretato [e] l'interpretazione può essere data [...] solamente dal sovrano, cioè dallo Stato, per mezzo del suo ordinamento» (D. CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 69).

<sup>37</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 562.

<sup>38</sup> Cfr. F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Firenze, Sansoni, 1946, XVI.

contenuto contingente, e al netto di qualsiasi addentellato autenticamente fondativo, una qualificazione di legalità da parte del sistema normativo-positivo di riferimento, così pretendendo, di fatto, la sua propria inclusione nello stesso sistema come «diritto», e più precisamente dovrei dire come «diritto» soggettivo, cioè come *facultas agendi* (*ex norma agendi*)<sup>39</sup>, come potere di agire. Vittorio Frosini direbbe come «volontà che esige di farsi valere nelle forme giuridiche dell'azione»<sup>40</sup>, le quali, a loro volta, possono avere una dimensione pubblicistica, come l'ebbero i primi «diritti umani», oppure una dimensione privatistica, come l'hanno quelli «nuovi».

Lo Stato-ordinamento, dunque, non è, come potrebbe *ictu oculi* apparire, il nemico dal quale difendersi e contro il quale erigere barriere – i «diritti umani», per l'appunto – (ciò appartiene a una narrazione miope), quanto piuttosto esso è il mezzo per l'affermazione di determinate istanze di libertà-liberazione le quali possono investire questioni *lato sensu* pubbliche o politiche (diritto di voto, libertà di circolazione, libertà di assemblea e di parola *et coetera*), ovvero questioni *lato sensu* private (libertà familiari, incolumità personale, libertà economiche *et coetera*). E può dirsi, come ho cercato di dimostrare in altra sede<sup>41</sup>, che i cc.dd. nuovi «diritti» stiano quasi tutti da questa seconda parte, proprio per il «modo» tipicamente *post-moderno* di affrontare il problema della persona cui ho già cennato e cui farò un ulteriore cenno in sede conclusiva.

\*\*\*

Se è vero, infatti, quanto scrive Mazziotti di Celso, secondo il quale il “principio liberale” è quello in virtù del quale «l'ordinamento deve assicurare la libertà dell'uomo, enunciandone i differenti aspetti, cioè proclamando i singoli diritti di libertà»<sup>42</sup>, è ovvio che il liberalismo – «dottrina politica madre di tutte le ideologie moderne e contemporanee»<sup>43</sup> – non sia e non possa essere contro lo Stato o contro l'Ordinamento, e ciò nemmeno quando esso ponga «formalità» procedurali all'ingerenza dei cc.dd. pubblici poteri. All'opposto il liberalismo gius-politico è nell'Ordinamento e attraverso l'Ordinamento, anche se esso stesso individua come fine della politica e del diritto non già lo Stato totalitario e totalizzante, lo Stato c.d. forte, quanto piuttosto – come dice appunto Mazziotti – un certo modo di intendere la libertà individuale del soggetto, ovvero sia... la libertà negativa. Si tratta, per intenderci, di quella che Danilo Castellano chiama appunto... «*libertad liberal* [la quale] *es* [...] *esencialmente reivindicación de una independencia del orden de las cosas, esto es, del <dato> ontológico de la creación y, en*

<sup>39</sup> Alberto Trabucchi, per esempio, afferma che «si parla [...] di diritti soggettivi (*facultates agendi*) per indicare i poteri attribuiti ai soggetti di agire per il soddisfacimento dei propri interessi; poteri riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico, cioè dal diritto oggettivo» (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2005, 3).

<sup>40</sup> Cfr. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1977, 5. Infatti, secondo Frosini, «da stessa situazione, che assume il soggetto di fronte all'ordinamento giuridico, quando egli intenda avanzare una pretesa [...] facoltà, riconosciuta nelle forme giuridiche e attribuita al soggetto singolo, di pretendere il riconoscimento giuridico della propria azione [...] rappresenta (nda)] un diritto al diritto [...] come rapporto tra il soggetto e l'ordinamento giuridico, che è il solo che possa garantire giuridicamente la pretesa del soggetto nei confronti dei terzi» (*Ivi*, 6).

<sup>41</sup> Cfr. R. DI MARCO, *Diritto e “nuovi” diritti. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, Giappichelli, 2021.

<sup>42</sup> Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I diritti umani nella Costituzione italiana*, in D. CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 91.

<sup>43</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *Introduzione alla filosofia politica. Breve manuale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 133.

*el límite, independencia de sí mismo. Aquella [...] reivindica [...] la soberanía de la voluntad [...]. De ahí la reivindicación de las llamadas libertades ‘concretas’»<sup>44</sup>.*

Che poi la stessa concezione della libertà come libertà negativa porti a considerare lo Stato non già come un bene coessente e coesenziale all’uomo (cosa che per esempio è la comunità politica classicamente intesa), quanto piuttosto come un male, come un “male necessario” – riprendendo la nota espressione arendtiana<sup>45</sup> –, ciò è congenito allo stesso modo negativo di intendere la libertà liberale; la quale, proprio in quanto «negativa», cioè in quanto concepita come vitalismo volontaristico, come puro autodeterminarsi del volere hegeliano<sup>46</sup>, e come assenza di criterii, essa solo può essere limitata e mai regolata; essa stessa trovando, peraltro, già un primo ineludibile limite nella mera esistenza dell’altro.

E anche se si arrivasse a sostenere – come scrive per esempio Cotta – che «l’accoglienza [...] è il modo in cui l’autocoscienza perviene al suo risultato ultimo [...]: la comprensione da parte dell’io della sua vitale relazione con il mondo, [...] e che pertanto essa] rispecchia in sé la verità della struttura sintetico-relazionale dell’uomo»<sup>47</sup>, ciò non resta che un tentativo di surrogare il limite che l’altro pone alla libertà (negativa) dell’io, facendo della relazione con l’altro un capitolo dell’ontologia umana.

L’essere umano, però, non è relazione, anche se egli è naturalmente in relazione con gli altri: l’essere umano ha una sua individualità come soggetto ed è essa che ne regola l’esercizio della libertà e che esige – se così posso dire – la coesenzialità del suo essere *ζῶον πολιτικόν*. È l’umanità dell’uomo, in altre parole, che rigetta il volontarismo proprio della libertà negativa, ad appannaggio di una libertà razionale e responsabile, cioè ad appannaggio di una libertà che è esercitata ed esercitabile assieme e non solo accanto agli altri, secondo quell’ordine di e della ragione, il quale, essendo proprio della persona sul piano ontologico, esso è necessariamente comune a tutte le persone. Da un punto di vista concettuale, allora, – forse potrei dire così – è l’ontologica razionalità del soggetto, dell’io, il suo essere «*naturae rationalis individua substantia*»<sup>48</sup>, che precede e che fonda la di lui politicità, dunque il fatto che egli è, per natura, assieme ai suoi simili e che vive in comunità politica. Non l’opposto.

\*\*\*

Giusta i postulati liberali, infatti, l’esistenza dell’altro non dà propriamente luogo né a un’effettiva co-esistenza, né a un’effettiva con-vivenza, quanto piuttosto a una semplice vicinanza geografica (e non autenticamente politica), la quale va per l’appunto amministrata secondo le categorie del confine, del limite, del termine e la quale comporta una congenita impossibilità della piena liberazione. E non a caso Dario Composta affermò che il liberalismo «è frutto di un’ontologia pessimistica [...] ove] la libertà è un assoluto che deve lottare [per affermare sé stessa come tale, cioè come libertà negativa,] contro l’esistenza e

<sup>44</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II – Colección De Regno, 2019, 94 ss.

<sup>45</sup> Cfr. H. ARENDT, *Che cos’è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, 23.

<sup>46</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, IV, Firenze, La Nuova Italia, 1967, 197-198.

<sup>47</sup> Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991, 88.

<sup>48</sup> Cfr. M.S. BOEZIO, *Liber de persona et duabus naturis. Contra Eutychen et Nestorium*, in J.P. MIGNE (a cura di), *Patrologia. Cursus completus [Patrologiae latinae tomus 64]*, Turnhout, Brepols, 1969, LXIV, 1343.

contro il mondo»<sup>49</sup>, dunque... anche contro l'ordinamento giuridico che quando non la regola internamente, senz'altro la limita esternamente.

È la perenne lotta della libertà per affermarsi come liberazione all'interno di un complesso sistema di limiti bilanciati, infatti, che porta al c.d. «principio della guerra istituzionalizzato»<sup>50</sup>, vero è che l'Istituzione statale – come rileva Castellano – diviene proprio il luogo nel quale le varie pretese contrapposte si scontrano per la «disfida della legalità», ovverosia esse si scontrano per ottenere quel formale riconoscimento normativo, il quale le possa trasformare per legge in «diritti» prevalendo su ciò che diritto non è o non è ancora. E invero – osserva sempre Castellano – «il principio di “differenziazione” [...] presupposto dal pensiero politico moderno non poteva non portare all'attuale dissocietà [...] esso, infatti, ha] reintrodotta il «principio della guerra», non quello hobbesiano [...] ma quello istituzionalizzato, regolamentato, “civile”, il quale sopprime definitivamente la comunità e decreta la morte del bene comune»<sup>51</sup>.

\*\*\*

Quindi anche lo Stato-istituzione, che è strumento del liberalismo, che è mezzo per realizzare la liberazione massima possibile dell'individuo, diviene, paradossalmente, ostacolo per la sua stessa libertà; un ostacolo – lo ribadisco – necessario e inevitabile, sotto pena di rinunciare, almeno virtualmente, alla sicurezza e alla garanzia della stessa «porzione» di libertà negativa che sarebbe dallo Stato medesimo garantita per norma.

Dopotutto – la cito solo a titolo d'esempio e, come si dice, *ad adiuvandum* – la *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, premessa alla *Constitution de la République Française* del 1795, all'art. 1, elenca “*les droits de l'homme en société*”, vale a dire i diritti che l'uomo ha... in società, dunque nello Stato e in quanto soggetto di questo. Si tratta – per dirlo brutalmente – dei diritti positivi, cioè dei diritti che dipendono dal *positum* e che nel *positum* si fondano.

Gl'apparenti limiti liberali che i «diritti umani» di prima generazione pongono allo Stato, allora, da un lato non sono limiti, poiché se così fosse verrebbe a crollare tutta la struttura propria della sovranità; e dall'altro essi hanno una dimensione eminentemente formalistico-proceduralistica: essi afferiscono, cioè, alla struttura del c.d. Stato di diritto, nel quale – come chiaramente scrive Ayuso – «non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste»<sup>52</sup>.

Se poi si consideri l'evoluzione dei «diritti umani» verso quella che Böckenförde chiama «teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale, [la quale] cerca di superare [...] la] frattura fra la libertà di diritto e la reale libertà dei diritti, [...] onde] lo Stato si assume il dovere di predisporre i presupposti necessari alla realizzazione [concreta] della libertà stabilita dai diritti fondamentali, [...] diventando, esso], una sorta di garante per la traduzione della

<sup>49</sup> Cfr. D. COMPOSTA, *Filosofia morale ed etica sociale*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1983, 45.

<sup>50</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *Questione cattolica e questione democristiana*, in AA.VV., *Questione cattolica e questione democristiana*, Padova, CEDAM, 1987, 135.

<sup>51</sup> Cfr. ID., *La razionalità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 145.

<sup>52</sup> Cfr. M. AYUSO TORRES, *L'Àgora e la piramide. Una “lettura” problematica della Costituzione spagnola*, Torino, Giappichelli, 2004, 63.

libertà nella realtà»<sup>53</sup>, tosto si comprende che l'antitesi Stato *versus* individuo (forse dovrei dire cittadino...) è apparente, illusoria, fuorviante.

\*\*\*

È ben vero, allora, quanto rilevava Bobbio, per esempio, secondo il quale «nella formulazione oggi più corrente, il liberalismo è la dottrina dello «stato minimo» (il *minimal state* degli anglosassoni)»<sup>54</sup>, ma non nel senso che essa riduca lo Stato attraverso forme di improbabile limitazione della sua sovranità (rilevo *per incidens* che l'invocata auto-limitazione dello Stato non è affatto una limitazione, semmai un compendio di concessioni), quanto piuttosto nel senso che applicando le *rationes* proprie dello Stato, o per meglio dire dell'Ordinamento – il “principio liberale” di Mazziotti, per esempio –, esso Stato non si dà il compito di regolare l'esercizio della libertà sulla base di criteri oggettivi e oggettivamente giuridici – e nemmeno vi avrebbe interesse –, ma si dà solamente il compito di definirne esteriormente gl'ambiti di manovra, vale a dire di definire esteriormente i settori della vita civile e sociale ove essa possa essere da ciascheduno esercitata... negativamente.

Infatti, come scrive ancora Böckenförde, «lo Stato deve assicurare i presupposti e le istituzioni per la garanzia [...] dei diritti fondamentali di libertà [...]; il contenuto della libertà, e con ciò la modalità con cui essa si esplica, sono, invece, fin dal principio, al di fuori della competenza normativa dello Stato»<sup>55</sup>. Ciò significa che i «diritti umani», i quali sono l'analogato principale della libertà liberale, non sono «diritti» che limitano l'Ordinamento e che lo conformano a principii superiori ed estrinseci, non sono l'ordine che è condizione dell'ordinamento medesimo – se così posso dire con un chiaro riferimento a Francesco Gentile<sup>56</sup> –, nemmeno essi sono un compendio di diritti naturali (classici) i quali s'impongono per la loro stessa verità, quanto piuttosto essi sono «diritti» interni al medesimo Ordinamento e dallo stesso prodotti, sia pure in una forma di deregolamentazione, o per meglio dire, di regolamentazione esteriore.

Anche se, in verità, l'esteriorità non è che il primo carattere di questi «diritti», giacché la loro coerente evoluzione porta a un momento ulteriore – se così posso dire –, nel quale il compimento degli stessi e il compimento della liberazione che essi promettono – uso l'espressione di Villey – richiedono un intervento attivo da parte del loro autore, cioè da parte dello Stato *lato sensu* inteso. Ma su quest'aspetto mi soffermerò dopo, con qualche cenno conclusivo.

<sup>53</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 177.

<sup>54</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, Simonelli, 2006, 100.

<sup>55</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, cit., 152.

<sup>56</sup> Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, CEDAM, 2005.



## 5. Nota conclusiva. Ancora sul tema del diritto soggettivo, verso una (apparente) surrogazione della filosofia con la geografia e della politica con l'amministrazione

Di talché i «diritti umani», in attuazione alle *rationes* ordinamentali cui rispondono, operano una sorta di compartimentazione della vita sociale e civile secondo determinati schemi distributivi: essi, cioè, concedono «licenze» spazialmente limitate per l'affermazione dell'assoluta autodeterminazione del *velle in seipsum*.

Ciò significa che la facoltà nella quale si sostanzia il c.d. «diritto umano», la volontà che diviene azione legale e legalizzata, e che invero finalmente il «diritto» liberale all'esercizio della libertà negativa, pur entro gli spazi tracciati dalle norme di riferimento, è essa molto più di una semplice scelta tra opzioni (parimenti legittime in sé): essa è virtuale apertura a qualunque cosa, a qualunque opzione; essa è un potere legale che prescinde dalla stessa legalità in quanto la estromette, *viceversa* non darebbe luogo ad alcuna liberazione.

Non solo, allora, si tratta di un potere che non ha nulla né della *potestas*, né dell'*auctoritas*, ma segnatamente si tratta di un potere negativamente libero per quel che attiene al modo del suo esercizio, alla dimensione qualitativa (*quomodo*), anche se esso è limitato per quel che attiene alla sua ampiezza, alla dimensione quantitativa (*quantum*). In altra sede, infatti, ho usata l'espressione «diritto volitivo», proprio per significare questa vacuità di criterii.

La questione forse merita un cenno.

\*\*\*

Invero, Villey – critico sul diritto soggettivo e ancora di più sul sistema dei «diritti umani» – dopo avere condivisibilmente affermato che «i “diritti dell'uomo” rientrano [...] nel genere dei diritti soggettivi»<sup>57</sup>, poiché essi ne mutuano la genesi (positivistica) e la struttura (attribuiscono facoltà di agire), rileva che «ciò che si dà di caratteristico nell'espressione diritto soggettivo [...] è che essa applica l'etichetta, il contrassegno del giuridico (la forza normativa del diritto) ad una facoltà del soggetto, ad uno dei suoi poteri»<sup>58</sup>, lasciando la facoltà stessa, o potere, in un ambito di sostanziale  $\alpha$ -nomia (*rectius*, anarchia).

Il problema però va un poco approfondito. Ebbene, che i «diritti umani» siano diritti soggettivi modernamente intesi è sostanzialmente vero, anche perché il diritto soggettivo è il prototipo del diritto moderno, e diritti moderni che non si sostanzino in una *facultas agendi ex norma agendi* non è dato di trovarsi; che però i «diritti umani» siano *tout court* sovrapponibili al modello per esempio jellinekiano di diritto soggettivo essa è questione assai più problematica, o quantomeno da concettualizzarsi.

Il diritto soggettivo, infatti, non è propriamente «volitivo» o  $\alpha$ -nomico: esso, cioè, non dà luogo a un'assenza di regole, quanto piuttosto dà luogo a una facoltà di agire secondo le norme e per il fine che esse hanno individuato nell'ordine del sistema. Per esempio il diritto soggettivo del creditore di esigere il dovutogli non dà luogo a una forma di  $\alpha$ -giuridicità del rapporto creditizio, non estranea il diritto, o se si vuole le norme, dal credito stesso, ma

<sup>57</sup> Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986, 87.

<sup>58</sup> *Ivi*, 197.

rimette al creditore la possibilità di agire nelle forme previste o di non agire, e ciò sul presupposto che l'azione e la non-azione, pur contrarie tra loro *ex latere subiecti*, comunque realizzino un fine ritenuto meritevole da parte dell'Ordinamento e coerente con le proprie *rationes*: quello dell'adempimento delle obbligazioni, nel caso nel quale il creditore agisca e quello della libera disponibilità dei propri beni, finanche quello della liberalità, nel caso contrario.

Se è vero, allora, che «il diritto subiettivo [...] è la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto [essa] sia rivolta ad un bene o ad un interesse»<sup>59</sup> e se è vero che secondo la teorica del c.d. Stato forte, l'individuo «viene elevato alla condizione di persona, di soggetto di diritto, innanzitutto pel fatto che lo Stato attribuisce ad esso la capacità di richiedere efficacemente la tutela giuridica statale»<sup>60</sup>, è altrettanto vero che nella dinamica dei «diritti umani» resta il contenitore, ma cambia il contenuto e si modifica sotto un certo profilo anche quello che potremmo chiamare meccanismo di legittimazione.

I «diritti umani», infatti, sono «diritti» soggettivi di seconda generazione – se così posso dire – e nel salto generazionale essi obliano l'oggettività del fine e la dimensione normativa della facoltà che riflettono sul loro titolare. I «diritti umani», pertanto, sarebbero, propriamente, diritti volitivi, giacché essi, per realizzare quella liberazione cui sono deputati, pongono la volontà del loro titolare al posto del contenuto normativo-regolativo che dovrebbe compendiarli, sicché la facoltà che «concedono» è non solo licenza di agire *ad libitum*, ma soprattutto garanzia di non ingerenza da parte dell'Ordinamento. E la garanzia di non ingerenza da parte dell'Ordinamento in altro non si sostanzia, se non in una riserva di anarchia, la quale può anche essere definita, come altrove ho proposto, *μηδὲ*-sovranità individuale entro la *μηδὲ*-sovranità dello Stato.

La *summa* dei vari «diritti umani», pertanto, in quanto «diritti» liberali, definisce limiti estrinseci rispetto al proprio soggetto, limiti di non-ingerenza: essa definisce, cioè, limiti all'esterno dei quale vige un compendio di «criterii» operativi, di regole, e all'interno l'anarchia sostanziale<sup>61</sup>. Dopotutto – come osserva per esempio Hofmann – «il processo rivoluzionario che sul finire del XVIII secolo porta alla fondazione degli Stati e alle costituenti illuministiche, ha inizio nel momento in cui l'uomo si dichiara autonomo, signore del proprio mondo [...]; i governi devono così il loro potere solo al consenso [...] e servono prima di tutto alla tutela dei diritti dell'uomo»<sup>62</sup>, il quale, appunto in quanto “autonomo”, rivendica spazii di libertà sia sul piano pubblicistico, affrancandosi dalle

<sup>59</sup> Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, S.E.L., 1912, 49.

<sup>60</sup> *Ivi*, 93.

<sup>61</sup> Umberto Vincenti, per esempio, osserva che i «diritti umani» hanno “mutuato le note caratteristiche” (U. VINCENTI, *La nuova religione dei diritti umani*, in G. VALDITARA, *Sovranità, democrazia e libertà*, Canterano, Aracne, 2019, 88) del *dominium* «tra cui il cosiddetto *ius excludendi omnes alios*. È questo [...] che ha legittimato, e legittima, i titolari (o gli aspiranti titolari) dei diritti a prospettare la loro pretesa come suprema» (*Ibidem*) e come esclusiva.

<sup>62</sup> Cfr. H. HOFMANN, *I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la carta europea dei diritti fondamentali e la costituzione europea*, in P. BARCELONA-A. CARRINO (a cura di), *I diritti umani tra politica, filosofia e storia, Tomo primo, I diritti dell'uomo nella prospettiva europea*, cit., 131.

«autocrazie ed eteronomie precedenti»<sup>63</sup>, sia sul piano privato rincorrendo il mito dell'assoluta autodeterminazione *in seipsum*.

\*\*\*

Si tratta – forse posso fare appello a quest'espressione – della “eredità volontaristica” della quale parla, per esempio, Trigeaud e la quale sta alla base del positivismo tutto. Essa, infatti, «ha sostituito alla natura una volontà e le ha attribuito le qualità prese in prestito da quella. Non ci si meravigli dunque di vedere in questa volontà, che è esaltata a base del diritto positivo e lo rende giusto in virtù della sua sola forma, l'equivalente di una vera sostanza [...]. Essa traduce bene un valore assoluto [...] dal momento che essa è attestata dalla collettività che ha stabilito la potenza del volere e che ha istituito il criterio della sua generalità [...] attraverso la regola maggioritaria»<sup>64</sup>. Ed è evidente che quando, con l'inesorabile processo di secolarizzazione proprio di tutta la modernità, come dice Castellano, «è stata dissolta [...] persino la falsa trascendenza dell'immanenza cui si ispira[va]no la politica e [...] gli ordinamenti giuridici dei cosiddetti Stati forti [...] e si è passati, con l'esperienza dei cc.dd. Stati deboli,] dall'immanentismo dei totalitarismi all'immanentismo dell'anarchia»<sup>65</sup>, ciò significa che si è passati – potrei anche dire – dall'anarchia dello Stato, all'anarchia attraverso lo Stato, attraverso il suo Ordinamento positivo, quale strumento legale finalizzato ad ampliare il più possibile, *coeteris paribus*, lo spettro della libertà negativa individuale.

E quest'anarchia legale – mi rendo conto dell'ossimoro – è finalmente anarchia soggettiva, cioè essa è anarchia (propria) del soggetto di diritto. Forse potrei anche dire che essa è addirittura... anarchia della soggettività, intendendo però la soggettività stessa come l'intende il liberalismo, cioè come indipendenza assoluta. De Ruggiero, per esempio, scrive che «l'essere libero coincide con l'essere *sui iuris*, cioè indipendente dagli altri, nel senso che ogni dipendenza [...] è negata e subentra al suo posto quella che la coscienza [...] pone spontaneamente»<sup>66</sup>, cioè il soggetto sarebbe veramente tale, veramente soggetto giuridico, in quanto signore e autore del proprio diritto, vale a dire in quanto vincolato al solo movimento spontaneo della sua volontà. Ciò comporta, però, che l'anarchia in questione sia divenuta, paradossalmente e contraddittoriamente, modello e fine in un tempo per lo stesso diritto e per lo stesso Ordinamento. E ciò – come ho cercato di dire più volte – non nel senso che l'Ordinamento scompaia o sia destinato a eclissarsi, quanto piuttosto nel senso che esso non ordina, non regola, non disciplina, punto limitandosi a erigere barriere e a sovrintendere al rispetto formale delle stesse.

\*\*\*

Già queste brevi annotazioni, allora, farebbero del giusnaturalismo classico che è menzionato dal titolo di questo contributo, un riferimento improprio, un riferimento – come si dice – fuori luogo, posto che, come osserva per esempio Welzel, «alla base del

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> Cfr. J.M. TRIGEAUD, *La tradizione classica del diritto naturale e il suo superamento personalistico*, in AA. VV., *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo (Colloquio internazionale. Roma, 10 – 13 gennaio 1991)*, Roma, Giuffrè, 1993, 46 ss.

<sup>65</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *Prefazione*, in P.G. GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002, XII.

<sup>66</sup> Cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia del Liberalismo europeo*, Bari, Laterza, 1959, 372.

diritto naturale [classico (nda)] sta l'idea di riferire il diritto alla peculiarità della natura umana e di spiegarlo con essa»<sup>67</sup>. Il diritto naturale classico, infatti, quello che sempre secondo l'appena citato Welzel afferirebbe alla “dottrina ideale del diritto naturale”, prescinde *ex funditus* da qualsivoglia forma di volontarismo, vero è che esso «inclina a derivare il diritto da un ordinamento ideale, eternamente valido, aperto alla intuizione razionale»<sup>68</sup>, ove lo spazio residuo al legittimo movimento della volontà è – potrei dire – di carattere eminentemente attuativo. Sotto questo profilo infatti il dato prasseologico-sociologico relativo a costumanze, abitudini, condivisioni *et coetera* risulta del tutto secondario e certamente inconferente con riguardo al *quid ius*.

Infatti, come rileva Cornelio Fabro, per esempio, «fondare nel campo giuridico [...significa] trovare una Potenza assoluta che possa “garantire” al Singolo assolutamente l'esercizio del suo diritto e [che] possa “costringere” assolutamente gli altri a rispettarlo»<sup>69</sup>, non significa rifarsi a una prassi considerata migliore di altre, perché idonea a soddisfare certi desideri e certe istanze di libertà-liberazione.

Un tanto mi sembra porti a concludere che i «diritti umani» non solo non sono fondati, ma neppure essi sono suscettibili di una qualche fondazione, anche perché la loro eccezionale prolificità e la loro prometeica capacità d'inclusione renderebbero difficile trovare un denominatore comune, ammesso che non si ritenga sufficiente allo scopo un generico riferimento a non meglio precisabili processi di liberazione. Dunque – mi si conceda questa battuta – non è corretto quanto afferma Bobbio, e cioè che sia inutile andare alla ricerca del fondamento dei «diritti umani», in quanto, più che inutile... la ricerca è impossibile.

I «diritti umani», infatti, postulano un diritto che non ha nulla del giuridico, risolvendosi esso nella gretta positività, e postulano un'umanità che non ha nulla dell'uomo, risolvendosi essa nel modello personalistico-mounieriano<sup>70</sup> il quale vede – come scrive Ayuso – «il costitutivo formale della persona risiede[re] nella libertà di scelta e in un'attività autocreatrice». La persona dei personalismi, infatti, la quale è – potrei dire – il soggetto dei «diritti umani», «lungi dall'essere [...] un principio [...] essenziale, radice di tutte le proprietà personali, è il fine dell'attività autocreatrice; essere persona [...] pertanto] significa operare in modo che, attraverso le sue opere [...] l'individuo conquisti tale personalità»<sup>71</sup>, e la personalità, che è sempre *in fieri*, è identificata con l'esercizio della veduta libertà negativa.

La natura umana, pertanto, si farebbe nella storia e attraverso di questa – «*el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene... historia*»<sup>72</sup>, afferma Ortega Y Gasset – ed è dunque attraverso la storia che il soggetto, liberandosi da quelli che egli ritiene essere freni alla sua autodeterminazione, conquista via via la sua stessa libera e vitalistica soggettività. Ed è

<sup>67</sup> Cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1965, 13.

<sup>68</sup> *Ivi*, 14.

<sup>69</sup> Cfr. C. FABRO, *L'uomo e il rischio di Dio*, Roma, Studium, 1967, 466 ss.

<sup>70</sup> È nota la tesi di Mounier, secondo la quale «la persona è un'attività vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione» (E. MOUNIER, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952, 8).

<sup>71</sup> Cfr. M. AYUSO TORRES, *L'Àgora e la piramide. Una “lettura” problematica della Costituzione spagnola*, cit., 77 ss.

<sup>72</sup> Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema*, Madrid, Espasa-Calpe, 1971, 55.

coerente con quest'impianto, il quale nasce liberale e si evolve nel collettivismo di matrice socialista, l'osservazione di Pietro Barcellona, per esempio, secondo il quale «non basta [...] trasformare le aspettative in diritti se non si toccano le condizioni pratico-materiali che nello stesso tempo ne determinano l'insorgenza e ne definiscono gli ambiti e le modalità d'attuazione»<sup>73</sup>, e ciò in quanto l'affermazione astratta del «diritto» alla libertà, senza l'apprestamento dei mezzi necessari pel suo esercizio resterebbe un *flatus vocis* incapace di rendere concretamente (dovrei dire storicamente) possibile quel «movimento di personalizzazione» il quale è indispensabile ai fini della stessa affermazione della soggettività-dignità dell'individuo.

\*\*\*

L'unica fondazione possibile, allora, è quella dei diritti dell'uomo – uso l'espressione nel senso nel quale la adopera Castellano, contrapponendola ai «diritti umani» –: essi, infatti, compendiano in sé medesimi i diritti che l'essere umano ha per natura, cioè, in quanto tale, in quanto soggetto e danno ragione della stessa umanità del diritto. Tutto questo importa, però, da un lato il rifiuto dell'ideologia positivista, ad appannaggio di un'ontologia del diritto – e ricordo che «solamente l'ontologia giuridica merita il nome di filosofia del diritto»<sup>74</sup>, come scrive Dario Composta –; e dall'altro importa il recupero metafisico del valore persona, quale valore oggettivo dell'essere della persona, il quale non si confonde con la sua storia, non la surroga e non ne dipende – con buona pace di Ortega y Gasset –, e il quale non si riduce ai movimenti più o meno amplii della sua volontà, con buona pace di Mounier.

---

<sup>73</sup> Cfr. P. BARCELLONA, *La costruzione dell'Europa e i diritti umani*, in ID.-A. CARRINO (a cura di), *I diritti umani tra politica, filosofia e storia, Tomo primo, I diritti dell'uomo nella prospettiva europea*, cit., 29.

<sup>74</sup> Cfr. D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto*, Roma, Pontificia università Urbaniana, 1991, 14.