

I DIRITTI UMANI ALLA PROVA DEL DIRITTO NATURALE

Francesco Viola

La grande diffusione ed espansione della problematica dei diritti umani induce a riesaminare i tratti essenziali della tradizione giusnaturalistica per liberarla dalle determinazioni storiche non più in vigore, per ripensarla alla luce delle nuove attualizzazioni e per raggiungere una comprensione più approfondita di essa.

Avverto subito che considererò sempre i diritti umani come quei diritti morali¹ forniti di una qualche forma di positivizzazione, sia che essa si traduca in testi legislativi e in accordi internazionali sia che più semplicemente si esprima attraverso atti diffusi di riconoscimento pratico. Un diritto umano è il frutto della connessione tra un diritto morale e un processo di positivizzazione. Con ciò si vuole indicare sia che la positivizzazione è indispensabile, sia che ad essa non si potrà mai attribuire un ruolo assolutamente costitutivo dei diritti umani.

La tesi che intendo qui sostenere riguarda il rapporto tra diritti umani e diritto naturale. E' mia convinzione che questo rapporto s'instauri proprio nel momento in cui i diritti morali vengono

1. Preferisco riferirmi a "diritti morali" piuttosto che a "diritti naturali" perché questi ultimi sono più precisamente diritti soggettivi individuali che appartengono alla sfera politica e si evidenziano in determinati contesti storici e culturali in presenza di una determinata configurazione del potere politico, Cfr. K. R. MINOGUE, *Natural Rights, Ideology and the Game of Life*, in *Human Rights*, ed. by E. Kamenka e A. Ehr-Soon Tay, Arnold, London 1978, p. 17.

positivizzati e non è per nulla antecedente alla loro positivizzazione. I diritti umani entrano in contatto con il diritto naturale proprio in seguito al loro ingresso negli ordinamenti giuridici positivi o, più genericamente, nella coscienza comune dell'umanità.

L'origine non positiva dei diritti umani e il non essere disponibili alla volontà del potere politico hanno fatto pensare (o temere) che siano essi a portare nel cuore degli ordinamenti giuridici le istanze del diritto naturale. Intendo qui mostrare che è esattamente il contrario: è il processo di positivizzazione a condurre i diritti morali nell'ambito del diritto naturale.

Questa tesi apparirà molto meno paradossale non appena avrà specificato cosa deve intendersi per diritto naturale. Apparirà allora chiaro che il vero nodo della questione risiede proprio nella legittimità di questa ridefinizione e non già nelle conseguenze a cui essa inevitabilmente conduce.

1. *Il diritto naturale come interno al diritto positivo*

Che il diritto naturale (se esiste) non esista al di fuori degli ordinamenti giuridici positivi è ormai una convinzione comune nella non numerosa schiera dei suoi difensori². Il diritto naturale non appartiene al metagiuridico, ma a tutti gli effetti al giuridico. I dissensi o le divergenze concernono l'individuazione del modo in cui il diritto naturale abita nel diritto positivo. Per alcuni esso fornisce obbligatorietà al diritto positivo, per altri contiene quell'insieme di presupposti ontologici da cui l'operatività del diritto positivo non può prescindere. Alcuni sottolineano la dimensione sostanziale del diritto naturale, altri la sua rilevanza

2. Cfr. per tutti S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 128-135.

procedurale³. Sono tutti aspetti di indubbio rilievo che, tuttavia, non ho qui intenzione di riesaminare criticamente. Il mio interesse va verso un'indagine ancor più di fondo.

L'intento palese dei sostenitori del diritto naturale interno al diritto positivo è quello di fornire a quest'ultimo una dimensione assiologica o di valore che è assente nella considerazione empirico-prassistica della positività. Ma quest'esigenza spesso non conduce a riesaminare lo stesso concetto di positività del diritto, ma ad agganciarla ad elementi ontologici o deontologici, mostrando l'insufficienza del fattualismo positivisticò nei confronti di una concezione soddisfacente della giuridicità. Di conseguenza un diritto naturale così inteso viene ad identificarsi con il vero senso del giuridico, mentre i processi di positivizzazione ne sono soltanto la manifestazione fenomenica. Si arriva così a capovolgere il punto di partenza: non più un diritto naturale interno al diritto positivo, ma al contrario è quest'ultimo ad essere sostenuto ed invero dal primo.

Per mio conto vorrei partire dall'affermazione apparentemente giuspositivistica "tutto il diritto è diritto positivo" per mostrare come essa possa essere difesa in un'ottica giusnaturalistica. Non si tratta infatti d'individuare gli elementi giusnaturalistici presenti nel diritto positivo, ma di sostenere sulla scia di Aristotele che proprio la positività è la *natura* del diritto a patto di avere di essa un concetto più adeguato.

Sono stati distinti tre sensi di "natura" in relazione al diritto: la natura dell'uomo, la natura della cosa e la natura del diritto⁴. Per il momento intendo partire dall'ultimo dei tre e solo in seguito noterò che esso tende ad espandersi fino a ricomprendere in sé gli altri due.

3. Lombardi Vallauri, ad esempio, distingue un "diritto naturale di struttura" da un "diritto naturale di condotta". Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, in "Jus", 1987 (34), n. 3, p. 242.

4. *Ibidem*, p. 245.

La considerazione più ovvia della natura del diritto positivo non può che essere teleologica⁵. Se esistono strutture dell'azione con finalità incorporate, la giuridicità è una di queste. Se il diritto positivo non si proponesse di rendere possibile la convivenza attraverso un'equa ripartizione dei beni e dei diritti, allora verrebbe meno la sua ragion d'essere. Un diritto che non mira alla pace, alla coesistenza, alla sicurezza sociale è come un'arte medica che non si propone di guarire l'ammalato ma di sopprimerlo. In tal caso gli uomini non avrebbero alcun motivo per obbedire al diritto positivo, anzi avrebbero ben fondati motivi per disobbedire.

Se fossimo interessati al problema della natura dell'uomo e della natura della cosa, potremmo dire con Hart che dall'esigenza elementare della sopravvivenza derivano alcune prestazioni strettamente indispensabili che noi ci aspettiamo dal diritto e che configurano il *contenuto minimo* del diritto naturale⁶. Ma -come abbiamo già avvertito- non intendiamo per il momento seguire questa linea di pensiero. Indipendentemente dalle varie finalità che possono assegnarsi alla pratica del diritto resta il fatto che la sua natura è teleologica e che essa è giustificata dalla necessità di dare alla convivenza umana un assetto stabile e pacifico.

Ciò implica, inoltre, non soltanto che vi debbono essere giustificati motivi per obbedire al diritto, ma che esso sia in effetti praticato. L'effettività è la qualità più significativa richiesta al diritto, tant'è che a ragione ci si chiede se possa esistere un diritto non praticato in qualche modo. Un codice morale, anche se non praticato, conserva un suo valore ideale, ma un sistema giuridico inefficace non serve a nulla. Infatti tutto ciò che impedisce o

5. Sul modo di vedere teleologico applicato al diritto rimando a H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, p. 222.

6. *Ibidem*, pp. 216-225. Sul modo d'intendere questa concezione del diritto naturale rinvio a M. A. CATTANEO, *Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1965 (42), pp. 673-694.

ostacola l'uso del diritto è solitamente ritenuto come un difetto che colpisce al cuore la ragion d'essere del diritto stesso. Possiamo, pertanto, affermare che il diritto si definisce per e in ragione del suo uso⁷.

Per queste considerazioni noi aderiamo a quelle concezioni del diritto che vedono in esso fondamentalmente ed essenzialmente una *pratica sociale*⁸. Ed allora il discorso sulla natura del diritto deve rivolgersi in prima istanza all'individuazione di quelle che chiameremo "condizioni di praticabilità" del diritto stesso. Il banco di prova di una teoria giuridica è la sua capacità di rendere ragione della pratica giuridica e la sua possibilità di essere applicata sul piano sociale⁹.

Appartenere ad un processo di positivizzazione giuridica significa sottoporsi a certe condizioni che strutturano l'azione e che governano la realizzabilità dei valori. Chi vuol vivere una vita che sia umana, non può sottrarsi all'etica della vita umana¹⁰. Analogamente richiedere una protezione giuridica dei diritti morali vuol dire accettare che essi siano strutturati secondo quella pratica sociale in cui consiste il diritto.

Non potendo dilungarmi a questo proposito, indicherò soltanto due aspetti che mi sembrano strettamente essenziali ad ogni pratica giuridica senza escludere altre sue dimensioni rilevanti. Si tratta del

7. Se vogliamo conoscere un oggetto artificiale fabbricato per un certo uso, quest'uso dovrebbe rientrare nella definizione dell'oggetto stesso. Cfr. PH. SOPER, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1984, p. 103.

8. Cfr. per tutti R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986.

9. A. MacINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. di P. Capriolo, Feltrinelli, Milano 1988, p. 77 e ss. e anche M. G. LOMBARDO, *La competenza interpretativa del diritto naturale*, in "Fenomenologia e società", 1987 (10), 1, pp. 70-141.

10. Si potrebbe parlare di un giuramento della vita umana (*a human-life oath*) analogo al giuramento di Ippocrate. Cfr. T. R. MACHAN, *A Reconsideration of Natural Rights Theory*, in "American Philosophical Quarterly", 1982 (19), p. 67.

carattere ordinamentale del diritto e del *processo di positivizzazione*.

La vita sociale richiede una coordinazione delle azioni individuali in una logica di cooperazione e di scambio di benefici. Una delle funzioni essenziali della pratica giuridica è, dunque, quella di mettere in ordine il movimento delle azioni e dare ordine ad esso. Questo viene attuato attraverso una ripartizione dei beni e dei diritti in modo che le azioni correlative siano motivate dal mutuo interesse e confliggano il meno possibile. A tal fine si richiede che la ripartizione sia equa e che non si introducano differenze ingiustificate tra le persone. Inoltre, è essenziale per una pratica sociale che i criteri di distribuzione siano applicati correttamente, poiché l'uso giudicante dell'ordine effettivamente raggiunto. L'eguale trattamento dei casi eguali, che è il concetto formale di giustizia, è, dunque, una delle condizioni di praticabilità del diritto appartenente al suo carattere ordinamentale.

La configurazione del diritto positivo come un ordinamento (di norme, di rapporti, di azioni, di interessi, di beni, di diritti...) esige che i suoi contenuti siano forniti di un grado sufficientemente elevato di determinazione. Gli orientamenti generali dell'azione non sono di per sé coordinati fra loro, ma nel momento in cui lo diventano devono essere precisati e meglio determinati. La praticabilità è ovviamente legata alla certezza, ma questa esige la determinatezza dei contenuti del diritto positivo. In ogni punto del tempo e dello spazio vi deve essere un grado soddisfacente di certezza riguardante l'identità e le conseguenze delle azioni (aspetto sincronico dell'ordinamento). Il carattere ordinamentale del diritto implica che per giudicare della conformità di un'azione, di un'iscrizione di diritti, di una ripartizione di beni alla pratica giuridica è necessario al contempo aver presenti tutte le interconnessioni e ripercussioni all'interno di un contesto dato. Ogni questione o decisione concreta chiama in causa la totalità della pratica ed è giustificata solo nella misura in cui s'inserisce in essa. D'altra parte si può affermare che ogni situazione concreta mette in discussione l'elasticità e adattabi-

lità della pratica giuridica, cosicché questa è invitata a riattualizzarsi e riformularsi incessantemente e come la tela di Penelope si tesse e si disfa continuamente.

Il nostro linguaggio usuale è ingannevole. Noi parliamo di "ordinamento giuridico italiano" per indicare un assetto stabile di rapporti giuridici, ma in realtà quest'espressione indica un'infinità di ordinamenti giuridici momentanei¹¹ legati tra loro dall'identità di una pratica sociale. Gli assetti ordinamentali del diritto positivo sono suscettibili di vari gradi di determinatezza, dalla norma astratta alla regola del caso concreto, e si costruiscono e ricostruiscono incessantemente in relazione al punto di vista adottato e alle esigenze della ragion pratica.

Poiché il diritto abbraccia una pluralità di attualizzazioni ordinamentali, si deve anche assicurare la continuità della pratica giuridica, cioè il collegamento tra le varie concretizzazioni succedentesi nel tempo (aspetto diacronico dell'ordinamento). Anche quest'esigenza riguarda la funzione del diritto positivo, poiché nessuna coesistenza pacifica potrà essere assicurata se gli ordinamenti giuridici momentanei non avranno un collegamento tra loro. Accanto alla determinatezza di ogni ordinamento si dovrà allora porre la sua potenzialità. Non tutto ciò che è contenuto nel diritto positivo viene afferrato e racchiuso dalla concretizzazione in atto, se è vero che nuove richieste e nuove situazioni possono e debbono essere fronteggiate. Nessuna determinazione positiva riesce ad esaurire le capacità di risposta del diritto positivo. Questo è necessario se si vuole assicurare un collegamento non arbitrario tra i vari fatti della positivizzazione.

Il diritto positivo, pertanto, abbraccia sia ogni sua possibile attualizzazione sia, per ciò stesso, ciò che nessuna positivizzazione riesce ad esaurire e che costituisce una sorta di serbatoio di potenzialità, che è impossibile attingere direttamente, ma la cui

11. L'espressione è di Raz.

presenza si inferisce necessariamente dall'esistenza di processi di positivizzazione interni.

Come si può notare, la seconda caratteristica di una pratica giuridica è strettamente derivata dalla prima. Dalla configurazione ordinamentale del diritto positivo discende la presenza in esso di processi di positivizzazione.

Credo che l'esistenza e la modalità di questi processi non possa essere spiegata nell'ottica empirico-prassista del giuspositivismo e richieda una ben diversa visione del diritto positivo.

Innanzitutto bisogna ammettere che la dimensione potenziale dell'ordinamento appartiene al diritto positivo almeno tanto quanto il suo assetto attuale. Ho già avuto modo di mostrare che ogni ordine giuridico contiene una dialettica interna tra restrizione dell'orizzonte delle possibilità, che è a tutela della certezza e della sicurezza, e apertura verso la ricchezza dell'esperienza, che è a tutela della libertà e della novità¹². Questa fisionomia dell'ordine giuridico non può essere spiegata se si resta vincolati all'angusto orizzonte della datità fattuale, che è la traduzione positivistica del primato metafisico dell'atto. Nell'ambito della ragion pratica bisogna muoversi nell'orizzonte aperto della potenzialità¹³. Se guardiamo il diritto positivo da questo nuovo punto di vista, dobbiamo accettare le seguenti considerazioni¹⁴.

Se ogni concretizzazione dell'ordinamento è suscettibile di una valutazione in termini di continuità, conformità o identità della pratica sociale, ciò significa che non può essere assunta con

12. Cfr. F. VIOLA, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1989 (66), n. 2, pp. 336-356 e, più in generale, dello stesso, *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987, p. 62 ss.

13. "Oggi non è più pensabile una totalità che non sia potenziale, congetturale, plurima". I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Garzanti, Milano 1988, p. 113.

14. A questo proposito m'ispirerò liberamente alle acute osservazioni di V. MATHIEU, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, Torino 1989, p. 15 ss.

l'immediatezza di un mero fatto. Si richiede altresì un criterio di valutazione che non si identifichi con quel determinato assetto ordinamentale.

Questo criterio non può risiedere in un'altra configurazione concreta dell'ordinamento, perché questa si trova esattamente nella stessa situazione della configurazione da valutare. Questo criterio non può neppure essere esterno al diritto positivo nel suo complesso, perché altrimenti sarebbe esso la vera sede della giuridicità.

Posto che ogni configurazione concreta del diritto positivo è un'articolazione contingente di una pratica sociale, la quale non vive al di fuori di ognuna delle sue manifestazioni e, tuttavia, non si riduce a nessuna di esse, non resta che ritenere che bisogna cercare dentro ogni processo di positivizzazione il criterio della sua valutazione. A queste condizioni e in questo senso si può affermare che ogni configurazione concreta del diritto positivo deve essere valutata solo "con se stessa". Ciò significa che il criterio di valutazione è interno al valutato, deve essere tratto da esso e al contempo trascende la sua particolarità e determinatezza.

Le analogie che vengono alla mente non sono tanto quelle tratte dal mondo naturale, come sarebbe il rapporto tra l'organismo vivente e il principio della vita, quanto piuttosto quelle tratte dal mondo della cultura. Qui penso al rapporto tra un testo letterario e i metodi della sua interpretazione, tra un brano musicale e i criteri della sua esecuzione, tra un dipinto e i canoni estetici di valutazione. Un'opera d'arte porta in se stessa, nel suo interno, le regole del bello che la giudicano, altrimenti non saremmo mai in grado di apprezzarne la novità e la creatività. La maggior parte degli errori di valutazione culturale sono stati causati dal tentativo di applicare canoni esterni già codificati o sedimentati agli oggetti della cultura. Bisogna saper cogliere in essi una profondità che va ben oltre la loro sporgenza nel mondo empirico e fattuale.

Parimenti il diritto positivo, se correttamente inteso come pratica sociale¹⁵, porta in se stesso i criteri della sua valutazione. A questi si adegua sempre in via provvisoria e mai conclusiva, spesso molto imperfettamente e mai in modo esaustivo. A differenza dell'opera d'arte il diritto è un'opera mai definitivamente compiuta, sempre in via di perfezionamento o, meglio, in cammino verso un pieno adeguamento a "se stessa".

E' in questo senso che considero il diritto naturale come interno al diritto positivo stesso, anche se in quest'ottica la stessa espressione "diritto naturale" appare obsoleta e imprecisa nella misura in cui suggerisce una dualità e una separazione. Più esattamente si tratta della natura del diritto positivo, delle sue condizioni di praticabilità, della sua fedeltà a se stesso, cioè in una parola della sua ragion d'essere.

Non bisogna confondere -come spesso è avvenuto- il problema del diritto naturale con quello della legge naturale¹⁶. Questa è una misura o regola dell'azione umana. Tale misura è naturale nel senso che è interna all'essere stesso regolato, appartiene alla sua natura, ne definisce la natura, è tutt'uno con questa. "Se sei uomo, comportati da uomo!". In un altro senso è naturale, perché questa legge è conosciuta per connaturalità, non per raziocinio. Ciò significa che non ha alcun aspetto di positivizzazione o di determinazione, neppure quella operata dalla ragione. Di conseguenza il concetto di legge naturale non è giuridico, ma squisitamente morale¹⁷.

15. Ciò ovviamente non vale se s'intende per "diritto positivo" un insieme di oggetti, identificati di volta in volta con le norme, le istituzioni, i rapporti intersoggettivi e, persino, con il linguaggio (se questo è inteso come "oggetto").

16. Per s. Tommaso *ius* non deve essere confuso con *lex*. Cfr. J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t.I, Editions Biere, Bordeaux 1985, p. 63 ss.

17. Cfr. J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di F. Viola, Jaca Book, Milano 1985.

Se prendiamo l'espressione 'diritto naturale' in senso largo, come molto spesso viene usata, allora essa può ben comprendere anche il problema della legge naturale, ma ciò non giova certamente a chiarire i concetti relativi. Avendo riguardo alla problematica del diritto naturale in senso stretto, si può in conclusione affermare che la differenza tra giusnaturalismo e giuspositivismo risiede in null'altro che nel diverso modo di concepire il diritto positivo. Che la positività sia mero fatto o valore, non è cosa che dipenda dalle preferenze personali o dalle ideologie, ma che si può constatare sulla base di come il diritto effettivamente è.

2. *Le dimensioni dell'accordo pratico sui diritti dell'uomo*

Questa troppo lunga digressione sul diritto naturale era necessaria per osservare il suo rapporto con i diritti dell'uomo.

Finora abbiamo solo esaminato la configurazione del diritto positivo, ma non già i suoi contenuti. Il problema dei diritti dell'uomo riguarda direttamente i contenuti della pratica giuridica, cioè quei criteri di valutazione e quegli assetti ordinamentali a cui abbiamo accennato.

Il processo di positivizzazione dei diritti morali li ha immessi nel diritto positivo e, dunque, li ha posti in contatto con il diritto naturale interno al diritto positivo stesso. Oggi nessuno può più dubitare che i diritti dell'uomo siano una pratica giuridica, che ha ormai una ben solida tradizione. La storia dei diritti umani si è sviluppata all'insegna di una loro sempre più profonda penetrazione nel diritto positivo: da limiti esterni del potere politico a diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni nazionali ed inoltre fini delle politiche dello Stato assistenziale. L'ampiezza di questa pratica per il suo rilievo internazionale abbraccia tutti gli Stati e si configura come il vero e proprio *jus gentium* dei nostri tempi. Di conseguenza i diritti umani sono anche divenuti una fonte

privilegiata di legittimazione internazionale a sostegno della legalità¹⁸.

Il modo in cui il giusnaturalismo e il giuspositivismo hanno affrontato la spiegazione di questa nuova situazione storica e culturale spesso si è rilevato inadeguato. Il primo non voleva perdere l'occasione di mostrare che i diritti umani non potevano ridursi a creature del diritto positivo, ma sono il segno di un'ampiezza della giuridicità che va ben al di là della positività. La stessa espressione e lo stesso concetto di "dichiarazione dei diritti" indicano che la positivizzazione in tal caso ha solo il carattere di un riconoscimento di diritti già esistenti. Da parte sua il giuspositivismo ha sostenuto che la positivizzazione ha un valore costitutivo, poiché trasforma in diritto quelle che prima sono soltanto esigenze della moralità positiva¹⁹. In entrambi i casi non appare adeguato il modo di considerare l'atto di positivizzazione.

Ogni proclamazione di diritti non può ridursi ad un protocollo d'intesa o ad un testo scritto, ma manifesta nel suo fondo un accordo pratico, il cui valore va ben al di là delle particolari formulazioni. Ed è appunto sulla natura e sul significato di questo accordo pratico che intendiamo soffermarci.

L'accordo pratico come fatto storico è palesemente insufficiente a fondare i diritti umani, così come lo è l'atto legislativo dello Stato. Noi ci chiediamo quale fondamento abbiano i diritti umani proprio perché i testi legislativi e i trattati internazionali non bastano. L'argomento tratto dal *consensus omnium gentium*, per quanto a questo proposito particolarmente suggestivo²⁰, non è

18. E. DENNINGER, *Sul rapporto tra diritti dell'uomo e diritto positivo*, in *H. Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsenn, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1983, pp. 121-134.

19. Cfr. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin 1969.

20. N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, ora in *II problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979, p. 134 e anche A. OLLERO TASSARA, *Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos*

conclusivo. Noi dobbiamo chiederci come mai è stato possibile questo consenso così generalizzato da parte di individui, gruppi e nazioni così diversi. Piuttosto che una soluzione l'accordo pratico è un problema e un interrogativo filosofico. Ma non si tratta di fondarlo nel senso di andare alla ricerca della causa necessaria della sua produzione²¹, perché l'accordo già c'è, piuttosto occorre capire la sua ragion d'essere. Cosa c'è dietro l'accordo pratico?

A questa domanda si può rispondere da diversi punti di vista. Ci si può porre, ad esempio, in un'ottica sociologica o politologica e registrare le istanze sociali e politiche che hanno condotto alla formazione storica di questo nucleo di diritti individuali e collettivi. Ma la pratica dei diritti umani non è sufficientemente spiegata da considerazioni del genere. E' stato opportunamente notato che lo sviluppo dei diritti dell'uomo, nonostante la differenza delle ideologie, la varietà delle interpretazioni delle formulazioni testuali e delle riserve mentali, si è evoluta seguendo un orientamento proprio in una certa misura indipendente dalla volontà politica di tutti i governi firmatari²². Le applicazioni dei principi, una volta che questi siano riconosciuti o accettati, non oscillano da situazione a situazione, ma seguono un *corso orientato*²³. E' come se vi fosse una logica dei diritti dell'uomo che si sviluppa indipendentemente dalla volontà e dagli interessi di coloro che pure hanno dato ad essi una configurazione positiva.

Ciò significa che l'accordo pratico intorno alla formulazione di un testo rivela una base molto più vasta e profonda dell'atto

humanos, in "Anales de la catedra Francisco Suarez", 1988, n. 28, pp. 209-224.

21. Ad esempio, la ricerca di un "argomento irresistibile" che fondi i diritti dell'uomo vorrebbe fornire necessità normativa all'accordo storico. Cfr. N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 120.

22. Basta osservare la storia della *Dichiarazione* del 1948 tracciata da A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari 1988.

23. Cfr. J. HABERMAS, *Etica del discorso*, trad. it. a cura di Emilio Agazzi, Laterza, Bari 1989, p. 116.

concreto di positivizzazione. E' una convergenza su un nucleo indistinto di valori, che in tal modo entrano in un processo di sviluppo storico non governabile dalle volontà degli individui e degli Stati. Le spiegazioni storiche possono tracciare le tappe di avvicinamento alla stesura di un testo comune, ma esse inevitabilmente presuppongono già operante l'agire orientato verso l'intesa intorno ai diritti dell'uomo. La lunga e travagliata elaborazione degli accordi e delle dichiarazioni internazionali non mette mai in discussione la retrostante adesione (anche da parte degli Stati più riluttanti) alla pratica dei diritti umani.

Dobbiamo dunque esaminare meglio questo diffuso atteggiamento cooperativo diretto verso la definizione di un nucleo di valori comuni riguardanti i diritti degli individui e dei popoli. Se, infatti, si può parlare dei diritti dell'uomo come di una pratica sociale, è proprio perché si riconosce l'esistenza di questo atteggiamento retrostante i singoli atti di concretizzazione. Questi sono solo l'indizio di un'attività cooperativa più generale alla ricerca di forme adeguate di espressione. Non voglio dire che l'atteggiamento cooperativo proprio di una pratica debba avere una precedenza temporale sull'accordo concreto. Mi preme sottolineare che la pratica esiste quando gli atti relativi sono accettati non più solo come fatti, ma anche come valori, cioè come realizzazioni dell'atteggiamento cooperativo.

Non si deve neppure ridurre l'agire orientato verso l'intesa ad una dimensione meramente soggettivistica. L'indipendenza dalle opinioni soggettive degli individui o dei governi è un'altra condizione dell'esistenza di una pratica sociale. Ciò rende assolutamente inadeguata ogni spiegazione in chiave contrattualistica. Abbiamo già notato che la pratica dei diritti dell'uomo ha una sua identità e sviluppo indipendentemente dalle opinioni soggettive dei partecipanti, anche se queste concorrono a formarla spesso attraverso un processo di eterogenesi dei fini. Ma quest'identità non riposa su determinate regole o comportamenti, bensì su uno stile d'azione, la cui interpretazione è affidata a

soggetti istituzionalizzati competenti a dar voce alla ragione giuridica. I tentativi faticosi di istituire tribunali dei diritti dell'uomo e di consentire ad ogni individuo l'accesso alla domanda di giustizia dimostrano che ci troviamo di fronte ad una pratica giuridica e non solo politica o sociale.

Al fine d'intravedere il volto della pratica dei diritti dell'uomo vorrei ora indicare alcuni aspetti del contenuto dell'atteggiamento cooperativo che accompagna la loro positivizzazione: comunanza, sapere preteoretico, universalità e assolutezza, beni intemi.

E' significativo che la maggiore diffusione internazionale dei diritti dell'uomo sia avvenuta in un'epoca segnata dall'esperienza del totalitarismo e divisa da forti contrapposizioni ideologiche. In una situazione in cui si pone con più pressante urgenza il problema della possibilità stessa della coesistenza umana non c'è da stupirsi se sia chiamata in causa proprio la *natura* del diritto. Questa -come s'è detto- ha per fine la realizzazione della convivenza sociale, ma ora questa è minacciata sia dalla subordinazione della morale ad una politica totalitaria sia dal venir meno di un'etica comune a causa del pluralismo ideologico²⁴. In entrambi i casi alla crisi dell'etica si sopperisce con il diritto, particolarmente adatto per la sua efficacia a far fronte alle situazioni di emergenza. Il diritto diviene così l'unico punto di riferimento intersoggettivo e comune che sia ancora dotato di un certo grado di stabilità e continuità²⁵. Ma ora questo diritto deve farsi carico di portare in sé più che mai valori etici comuni. Per questo l'espressione "diritti morali" mi sembra particolarmente felice, a dispetto delle controindicazioni. Essa mostra con evidenza questo nuovo compito etico assegnato al diritto dei nostri tempi, senza il quale nelle condizioni attuali non è possibile la coesistenza. In fondo nessun pluralismo ideologico può sussistere senza un minimo di valori morali comuni, ma questi

24. Sul concetto di "etica comune" cfr. F. VIOLA, *Nuova configurazione dell'etica e riflessi giuridici*, in *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 29-48.

25. Cfr. F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, cit., p. 3.

proprio a causa del pluralismo non possono più essere resi efficaci dall'etica²⁶.

Dopo una guerra mondiale c'è sempre la necessità di porre le nuove basi della coesistenza mondiale e queste ora devono essere fondate, più vigorosamente di quanto non si sia fatto dopo la prima, sul diritto positivo. Tuttavia questo non può più essere confinato a quello nazionale. La positivizzazione dei diritti deve ora necessariamente avere una dimensione internazionale per imporsi ai singoli governi. Le stesse modalità d'attuazione delle dichiarazioni (o mediante un atto di recepimento o attraverso il c.d. adattamento automatico) mostrano fino a che punto la positivizzazione iniziata sul piano internazionale svolga il ruolo di vincolo per il diritto interno, che ne è d'altronde l'ultimo compimento²⁷.

Possiamo, dunque, affermare che l'atteggiamento cooperativo generalmente richiesto dalla necessità della coesistenza e della convivenza civile è qui diretto alla *comunanza giuridica di valori etici*. Tuttavia è bene avvertire che le cause storiche contingenti non riescono a spiegare il dinamismo interno dell'accordo pratico né a evidenziare tutto ciò che esso contiene.

La diffusione dei diritti dell'uomo non può essere semplicemente ricondotta al desiderio di tener ben salde almeno le basi minime della convivenza civile, ma interessa anche tutti gli altri aspetti della vita umana. La pratica dei diritti oscilla tra un minimo e un massimo, tra l'elementare diritto alla vita e il retorico diritto alla felicità. E' difficile stabilire ciò che è strettamente essenziale per un essere che è capace di rischiare la vita allo stesso

26. Ho cercato di descrivere questa nuova situazione del diritto nel mio *II nuovo ruolo dei diritti dell'uomo*, ora in *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, cit., pp. 157-169.

27. Rinvio qui agli scritti di A. La Pergola e alle osservazioni di V. FROSINI, *La problematica kelseniana del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale*, ora in *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 57-62.

modo per un tozzo di pane e per la libertà o la felicità²⁸. I valori comuni interni alla pratica dei diritti hanno, pertanto, in linea di principio un'ampiezza incommensurabile, specie se si considera che anche i cosiddetti diritti delle piante e degli animali appartengono in sostanza al mondo dei diritti umani.

Di conseguenza la positivizzazione ha prodotto configurazioni giuridiche molto diverse tra loro. Non c'è omogeneità tra i diritti dell'uomo, né possono essere racchiusi sotto un'unica categoria. Chi vede in ciò un uso distorto della giuridicità e chi vorrebbe attribuire solo ad una categoria giuridica (come quella dei diritti di libertà) il monopolio dei diritti umani dimenticano di prendere in considerazione la stessa pratica dei diritti e tutti i valori che essa racchiude²⁹.

La comunanza dei valori, prima ancora di essere tradotta nelle formulazioni positive, viene vissuta a livello preteoretico e in questo senso fa tutt'uno con la situazione storica vitale. Se è vero che la coesistenza deve essere ricostruita, ciò non significa che non siano già in atto nella coscienza dell'umanità le condizioni per la sua consolidazione. La distinzione di Ryle tra sapere preteoretico (*knowing how*) e sapere esplicito o ricostruito *ex post* (*knowing that*) può essere qui di una qualche utilità a patto di non separare

28. E' stato notato che l'agire specificamente umano eccede ciò che è meramente necessario per la sopravvivenza. "L'uomo è infatti quell'essere la cui condotta di vita è svincolata dall'ordine della natura". H. G. GADAMER, *La ragione nell'età della scienza*, trad. di A. Fabris, Il Melangolo, Genova 1982, pp. 56-57.

29. Ciò giustifica il disorientamento di Tocqueville di fronte all'eterogeneità dei diritti: "There is nothing which, generally speaking, elevates and sustains the human spirit more than the idea of rights. There is something great and virile in the idea of right which removes from any request its suppliant character, and places the one who claims it on the same level as the one who grants it. But the rights of the poor to obtain society's help is unique in that instead of elevating the heart of the man who exercises it, it lowers him". A. DE TOCQUEVILLE-G. DE BEAUMONT, *Tocqueville and Beaumont on Social Reform*, ed. and transl. by S. Drescher, New York 1968, p. 17.

l'uno dall'altro. Nel campo pratico l'atto di positivizzazione svolge la stessa funzione che nel campo teoretico ha la ricostruzione scientifica e concettuale. Ma il mondo vitale che sostiene l'atto di positivizzazione è abitato anche da diritti che ancora attendono di essere riconosciuti e premono per esserlo. Questi, pur non essendo ancora diritti umani a tutti gli effetti, appartengono già alla coscienza dell'umanità e rientrano perciò in modo preteoretico, ma già conoscitivo, nella pratica giuridica, costituendo un serbatoio vitale per il suo ulteriore sviluppo.

L'individuazione di questo *sapere preteoretico dei diritti umani* è importante al fine di assegnare alla fase della positivizzazione un carattere non costruttivo ma ricostruttivo, non di fondazione ma di praticabilità.

Abbiamo visto che la comunanza di valori, a cui si dirige l'atteggiamento cooperativo, è indistinta e confusa. Ma le condizioni di praticabilità esigono regole certe e determinate, affinché si possano guidare e giudicare i comportamenti. Un'altra caratteristica della pratica dei diritti consiste nel fatto che nessuna delle necessarie regole positive riesce a tradurre l'universalità e l'assolutezza dei valori. C'è sempre una mancanza di corrispondenza tra ciò a cui l'atteggiamento cooperativo aderisce e la legge *scritta* ossia l'articolazione della regola esterna³⁰. Siccome l'accordo pratico comprende in sé l'uno e l'altro aspetto, all'interno di esso permane una tensione irrisolta, che rende provvisorie e contingenti, anche se necessarie, le formulazioni codificate.

L'universalità e l'assolutezza dei diritti appartengono sia alla precomprensione della pratica giuridica che alla sua meta ideale. Essa è chiamata a rendere effettivi diritti assoluti, a tradurre in concreto l'universalità di principio. Ciò significa che la pratica dei diritti, più di tutte le altre forme di pratica giuridica, non può essere considerata una mera ripetizione di processi d'azione. Essa è in

30. "Senza regola esterna, infatti, non vi può essere prova, e con la regola esterna non può esservi valore assoluto". MATHIEU, *op. cit.*, p. 22.

continuo perfezionamento e sempre alla ricerca di adeguarsi più pienamente a se stessa, di realizzare ciò che è. Il dinamismo, a cui qui si fa riferimento, è quello della correzione progressiva³¹, mediante cui la pratica giuridica modifica se stessa per essere più fedele a se stessa e salvare così la propria identità e ragion d'essere.

Partendo da queste considerazioni, alcuni giusnaturalisti non sono stati favorevoli alle dichiarazioni dei diritti. Alexander Hamilton si è opposto all'inclusione nella costituzione americana di una carta di diritti (*Bill of Rights*) con l'argomento che in tal modo si sarebbe ristretta l'ampiezza (e, potremmo aggiungere, anche l'assolutezza) dei diritti individuali, perché si sarebbe potuta interpretare ogni esplicita elencazione di alcuni come attestante che altri non erano tutelati. L'inclusione del nono emendamento³² è una risposta a quest'obiezione ed è la migliore prova dell'irriducibilità della pratica dei diritti alle formulazioni esterne e della presenza dell'aspetto potenziale dell'accordo pratico.

Infine è necessario sottolineare almeno un altro aspetto della pratica dei diritti, che è peraltro caratteristico di ogni vera e propria pratica sociale. Mi riferisco alla sua dimensione autoreferenziale. Una pratica sociale non è diretta strumentalmente ad acquisire beni esterni, ma *beni interni*³³. Anzi si può affermare che il bene

31. In senso simile, cioè per indicare la funzione che i diritti dell'uomo hanno nei confronti della legalità dell'ordinamento giuridico, parla di "correzione progressiva" DENNINGER, *art. cit.*, p. 131.

32. "L'enunciazione di alcuni diritti in questa costituzione non dovrà essere interpretata come disconoscimento o denigrazione degli altri diritti acquisiti dal popolo". Cfr. F. A. HAYEK, *La Società libera*, trad. di M. Bianchi, Vallecchi, Firenze 1969, pp. 214-216.

33. "Per 'pratica' intenderò qualsiasi forma coerente e complessa di attività umana cooperativa socialmente stabilita, mediante la quale valori insiti (*internal*) in tale forma di attività vengono realizzati nel corso del tentativo di raggiungere quei modelli che pertengono ad essa e parzialmente la definiscono. Il risultato è un'estensione sistematica della facoltà umane di raggiungere l'eccellenza e delle concezioni umane dei fini e dei valori impliciti (*internal*)".

supremo che la pratica si propone è la sua stessa realizzazione nel senso della massima espansione delle sue potenzialità. In questo una pratica sociale differisce da un'istituzione, che si presenta come un'organizzazione di mezzi per conseguire e distribuire beni esterni (potere, *status*, denaro o altri beni materiali).

Il carattere interno del bene, che è un'ovvia conseguenza del fatto che siamo in presenza di un'attività con un fine incorporato, conferisce alla pratica stessa un'indubbia dimensione morale. I beni interni sono riconoscibili solo prendendo parte alla pratica, cioè da un "punto di vista interno", sono acquisibili solo entrando in relazione con altri soggetti, cioè accettando le regole esterne e le procedure di correzione e riconoscendo negli altri una pari dignità nella partecipazione alle azioni e ai benefici. Può verificarsi, pertanto, un conflitto tragico tra il bene della pratica, che è l'eccellenza del risultato, e la sua giustizia, che deve tener conto dell'eventuale incompatibilità dei beni perseguiti dai partecipanti e dell'equa ripartizione dei benefici³⁴.

Si può facilmente constatare quanto queste considerazioni siano applicabili alla pratica dei diritti. I diritti dell'uomo non sono mezzi per altri fini, ma essi stessi fini in sé. Non sono neppure niente di diverso dalla stessa pratica che mira a raggiungerli. Infatti la novità di quel processo, che ha preso l'avvio con le dichiarazioni americane e francesi del Settecento, non consiste nel riconoscimento dei diritti della persona umana, che non erano certo ignorati nel passato, ma nell'aver dato impulso alla pratica dei diritti. Per noi oggi affermare l'esistenza di diritti umani significa additare una ben identificabile pratica sociale.

La dimensione morale di questa pratica entra in crisi quando beni esterni, che pur sono legittimi, turbano i criteri d'individuazione e di acquisizione dei beni interni, che per loro natura non accettano alcuna subordinazione. Per questo il giudizio portato

MACINTYRE, *op. cit.*, p. 225. Si tratta ovviamente del concetto aristotelico di *praxis*.

34. Cfr. LOMBARDO, *art. cit.*, p. 95.

sulla pratica dei diritti esige che si partecipi ad essa e nello stesso tempo che ci si distacchi dalle opinioni soggettive e dagli interessi personali.

Il conflitto tragico, a cui abbiamo accennato, è nella sostanza dettato dall'incompatibilità tra l'eccellenza dei risultati della pratica nel suo complesso, che mira al più ampio riconoscimento dei diritti individuali e collettivi, e il fatto che ciò implica una restrizione nel soddisfacimento delle pretese riguardanti i diritti. Questo conflitto può essere affrontato adeguatamente solo chiamando in causa quella visione del diritto naturale sopra abbozzata.

3. *Diritti dell'uomo e diritto naturale*

In via preliminare occorre sottolineare la più macroscopica novità culturale che i diritti dell'uomo introducono nel diritto positivo. Si tratta del trasferimento dell'attenzione dalla natura delle cose alla natura dell'uomo.

Nel diritto antico (greco e romano) il giusto, da cui deriva il diritto, non è direttamente riferito a persone o ad azioni, ma alle cose. Come ben ha notato Villey, si tratta della giusta attribuzione e distribuzione dei beni esteriori ai cittadini. Per questo non si può in questo contesto parlare di "diritti dell'uomo"³⁵. Ma ora al posto della natura delle cose sta la natura dell'uomo. Tuttavia ciò non significa necessariamente -come teme Villey- la perdita della specificità del diritto e la sua confusione con la morale. In effetti nel pensiero moderno diventa centrale il ruolo della natura dell'uomo separata e contrapposta alla natura delle cose. Ma è questa separazione e contrapposizione la causa dello "snaturamento" del diritto, non già l'attenzione per la natura dell'uomo, che è invece

35. Cfr. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983, p. 81 ss.

un grande progresso giuridico in buona parte dovuto al concetto di persona umana della cultura cristiana.

La positivizzazione dei diritti morali indica che alle cose esteriori come oggetto del diritto si è sostituito l'uomo stesso. Non solo i suoi bisogni essenziali, ma anche le sue capacità o facoltà sono divenute l'oggetto su cui il diritto porta la sua misura e di cui cura la giusta distribuzione e realizzazione. I diritti dell'uomo guardano all'uomo come alla *res* da misurare con criteri di giustizia tratti dal suo interno e dalla struttura della coesistenza.

Il riconoscimento operato dal diritto positivo è in sostanza l'individuazione di principi giuridici che giustificano la limitazione che un essere umano fa della libertà di un altro. Tale giustificazione non risiede tanto nella particolare qualità morale dell'azione, ma "perché, date la circostanze, verrà pur mantenuta una certa ripartizione della libertà umana, se egli è autorizzato a determinare di sua scelta come debba agire un altro essere umano"³⁶. Solo un'adeguata ripartizione della libertà umana rende giuridicamente legittima la sua limitazione. La pratica dei diritti mostra che tale limitazione è a salvaguardia di ciò che viene limitato e per ciò stesso la giustifica.

Questa è solo una parte del trattamento giuridico a cui viene sottoposta la natura dell'uomo. Accanto a questa v'è anche un'altra sfera di beni umani, quelli che non si concretano nel potere giuridico d'interferire sulla libertà altrui, ma che devono essere attribuiti in ragione del loro carattere d'indispensabilità esistenziale. I fanciulli, ad esempio, hanno il diritto di essere nutriti e protetti fin quando non siano capaci di badare a se stessi. V'è un'importante differenza tra affermare che esistono dei doveri di nutrire e proteggere i minori e sostenere che questi hanno il diritto di essere nutriti e protetti. Nel primo caso il dovere potrebbe derivare dal

36. H. L. A. HART, *Esistono diritti naturali?*, in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Giuffrè, Milano 1964, p. 88.

fine di costruire una società sana di mente e di corpo o dall'utilità generale. Ma da questo non possono derivarsi dei diritti.

Ciò significa che per la giustificazione dei diritti abbiamo bisogno sia della teoria della volontà o della scelta (*choice theory*) sia della teoria dell'interesse (*benefit and interest theories*)³⁷. D'altronde il carattere sia spirituale che materiale della natura umana esclude ogni univocità nella determinazione e ascrizione dei diritti. Quando la *res* è la natura umana, non si può trascurare il fatto della presenza di una soggettività che deve essere trattata come tale. D'altronde nel concetto stesso di "pratica sociale" c'è un superamento sia dell'oggettivismo che del soggettivismo. Per s. Tommaso *jus* è anche l'arte mediante cui si conosce e si determina ciò che è giusto o "il luogo in cui ciò che è giusto è deciso"³⁸.

Accanto al problema dei criteri d'individuazione dei diritti c'è quello decisivo dell'applicazione delle condizioni di praticabilità. La positivizzazione dei diritti morali è motivata dall'esigenza di assicurare ad essi effettività e tutela. Per questo essa non può sottrarsi a quelle condizioni in cui abbiamo ravvisato operante la natura del diritto.

Il linguaggio dei diritti correttamente impiegato esprime i diversi aspetti di una decisione che interessa più di una persona e indica ciò che è richiesto o meno ad ogni persona e quando e come queste persone sono coinvolte in queste richieste. In tutte le dichiarazioni di diritti s'insiste sul fatto che il loro esercizio è soggetto a limitazioni³⁹. Queste sono motivate proprio da quella condizione di praticabilità che abbiamo chiamato "ordinamentale". Una pratica è costituita da regole che mettono ordine tra le azioni, assicurando la

37. Sulla questione generale cfr. J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford 1984. Per l'esempio dei minori cfr. N. MacCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in ARSP 1976 (62), pp. 305-316.

38. *Sum. Theol.*, II-II, q. 57, a.1.

39. Per alcuni esempi di queste limitazioni rinvio all'art. 29 della *Dichiarazione universale* del 1948 e all'art. 8 dell'*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* del 1950.

loro interconnessione e la relazione tra le persone. Queste limitazioni sono state spesso concepite come esterne ai diritti umani, cioè come il sacrificio necessario, ma sempre mortificante, di parte dei diritti, della loro assolutezza e universalità.

Le ragioni principali della limitazione si ritrovano nell'esigenza di assicurare il riconoscimento degli stessi diritti agli altri, di favorire le giuste richieste di moralità, di ordine pubblico e di benessere in una società democratica⁴⁰. Le vie percorse per giustificare le limitazioni sono sostanzialmente due. La prima è già stata accennata: le limitazioni sono un male necessario ovvero interventi esterni dettati dalle esigenze della convivenza sociale, che restringono l'assolutezza e l'universalità dei diritti. Secondo altri gli ambiti esclusi non rientrano propriamente nel contenuto del diritto e, quindi, non sono in senso stretto "limiti".

La prima posizione non può essere qui accettata, perché non considera i diritti come una pratica sociale. Questa non può essere concepita come l'applicazione di principi che esistono al di fuori di essa, ma come l'insieme di atti di concretizzazione di orientamenti che la costituiscono come tale. Ma neppure la seconda posizione è praticabile, perché essa richiederebbe la determinazione di un elenco dettagliato e conclusivo dei casi di esclusione⁴¹. Noi osserviamo invece che le ragioni delle limitazioni sono spesso molto generiche (ordine pubblico, pubblica moralità...) e non aiutano ad individuare esattamente il contenuto di un diritto, lasciando aperte ampie possibilità d'intervento delle pubbliche autorità. Questo non è un difetto legislativo, ma una necessità dettata dall'impossibilità di prevedere tutti i casi di esclusione e, quindi, dal carattere contingente e provvisorio di ogni atto di positivizzazione.

40. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980, p. 213.

41. Un tentativo in tal senso si trova nell'art. 5 dell'*European Convention* del 1950.

Nessuna delle due spiegazioni è, dunque, soddisfacente soprattutto se assumiamo i diritti come pratica giuridica. Abbiamo detto che per essere efficaci, cioè legali, i diritti morali devono essere positivizzati e che ciò implica assumere una forma che li renda giustiziabili e costituisca una base per argomenti giuridici riguardanti la loro violazione. Ogni positivizzazione si concreta in una regolamentazione giuridica dei diritti. Questi vengono specificati nel contenuto, protetti da garanzie giuridiche, inseriti in più o meno vasti contesti storici e culturali. Allora il nodo del problema sta tutto nel rapporto tra regolamentazione e limitazione.

A questo proposito è bene ricordare che il processo di positivizzazione giuridica si presenta come un fatto linguistico. Il passaggio dall'indistinzione originaria (dignità dell'uomo!) alla distinzione è radicalmente connesso al linguaggio. Questo è ad un tempo strumento di comunicazione e di articolazione del reale. Come il linguaggio consente di articolare delle presenze collegandole e distanziandole, così articola anche i valori individuandoli e coordinandoli. E' mediante la rinuncia alla sicurezza dell'indistinzione che è possibile il rischio della comunicazione. Questo equivale anche a riconoscere il limite.

Non più il tutto rassicurante (ma impraticabile) privo di determinazione, ma ora ogni valore vive perché è in relazione (anche conflittuale) con altri valori. Il linguaggio dice tra le parole, cioè *inter-dice*, ed è per questo portatore della legge. La legge esiste nella misura in cui si è usciti dal tutto indistinto, cioè nella misura in cui ogni valore è tale nei confronti di altri che lo limitano e lo individuano. La tirannia dei valori è il tentativo di tornare nell'indistinzione. Il valore dominante vuole essere riconosciuto senza riconoscere gli altri. La legge implica il riconoscimento dell'alterità dei valori secondo certe regole.

Bisogna dunque riconoscere una positività del limite nella misura in cui esso apre all'esperienza dell'alterità come relazione fondante la possibilità dell'ordine e della convivenza e invita

all'accettazione del rischio dell'esistenza umana e di una storia da costruire e da articolare⁴².

Credo che a questo proposito bisognerebbe distinguere tra limiti interni e limiti esterni⁴³. La regola è una misura interna del diritto, quella che gli consente di esistere come tale, perché non si può parlare di "diritto" nei confronti di una libertà priva di regole⁴⁴.

Una pratica non è qualcosa a cui dare regole, ma consiste proprio nel "seguire regole"⁴⁵. Non siamo mai in un vuoto di regole. Anche quando creiamo regole, lo facciamo secondo regole. Gli orientamenti, le tendenze, le aspirazioni, i valori che misurano una pratica non possono esprimersi senza regole, anche se a volte per meglio attuarsi si devono cambiare le regole. In questo senso c'è piena compatibilità tra l'universalità e l'assolutezza dei diritti dell'uomo e la loro regolamentazione. Bisogna ancora ricordare che, trattandosi di una pratica sociale, la possibilità di esercizio di un diritto è strettamente dipendente dall'esercizio della pratica nel suo complesso. Per questo non ha senso riferirsi soltanto alle regole che determinano il contenuto di un singolo diritto, ma si deve parlare più propriamente di *regolamentazione* generale dei diritti dell'uomo. E' significativo che ogni dichiarazione o costituzionalizzazione dei diritti presuma di essere globale, almeno nel settore considerato. Ciò che si segue non è mai una regola singola ma un intero sistema di regole. Non si può fare a meno di seguire contemporaneamente più di una regola.

I limiti esterni, a cui solo riserverei in senso proprio la qualifica di "limitazioni", sono dettati da circostanze storiche eccezionali e giustificate dalla necessità di assicurare in situazioni date quella

42. Per queste osservazioni sulla funzione del linguaggio mi sono ispirato a E. FUCHS, *Desiderio e tenerezza. Fonti e storia di un'etica cristiana della sessualità e del matrimonio*, trad. di O. Bert, Claudiana, Torino 1984.

43. In senso simile Hayek ha distinto le regole dai comandi.

44. Persino il diritto naturale hobbesiano deve rispettare la regola che esclude gli atti di inutile crudeltà.

45. E' noto che Wittgenstein non si occupa mai di oggetti mentali chiamati "regole", ma di comportamenti effettivi chiamati "seguire una regola".

convivenza sociale che è il fine primario del diritto. Penso, ad esempio, ad una limitazione del diritto alla *privacy* per scongiurare il diffondersi di un'epidemia.

I limiti esterni, per quanto legittimi, hanno a loro volta dei limiti. Non devono toccare la ragion d'essere dei diritti, cioè vanificare la ragione per cui il diritto esiste. Questa ragione è interna allo stesso atto di positivizzazione, ma non è mai interamente afferrata da esso. Essa s'intravede dietro la misura a cui s'ispira la regolamentazione, ma quest'ultima non è mai definitiva e immutabile.

Anche i limiti interni hanno un aspetto storico e culturale. Il progresso (non certamente lineare) verso una sempre maggiore presa di coscienza dei diritti implica un continuo mutamento nella concretizzazione storica delle regole e nelle relazioni tra i vari diritti. La pratica dei diritti è teleologicamente orientata verso l'eccellenza. A questo proposito s'è parlato di un nucleo centrale dei diritti dell'uomo⁴⁶ o, più giustamente, di un loro *telos* profondo⁴⁷, che è ciò per la cui protezione il diritto esiste. Preferisco pensare questo *telos* come un orientamento dell'azione piuttosto che come obiettivo o scopo del diritto per evitare una prospettiva esclusivamente consequenzialista. Alcuni diritti possono essere ascritti perché le conseguenze sono desiderabili, ma altri lo sono per il valore che proteggono indipendentemente dalle conseguenze. L'eterogeneità dei diritti umani non consente di seguire un'unica via di giustificazione.

Da quanto detto possiamo desumere che la pratica dei diritti esige al contempo un'attenzione al singolo diritto, alla sua ragion d'essere, e una considerazione globale della rete dei diritti. Nessuna delle due prospettive può essere abbandonata senza tradire l'ottica prammatica. Nessun diritto fondamentale può essere

46. E. ÖRÜCÜ, *The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits*, in *Human Rights*, ed. by T. Campbell, D. Goldberg, S. McLean and T. Mullen, Blackwell, Oxford 1986, pp. 37-59.

47. S. L. BENN, *Human Rights - for whom and for what?*, in *Human Rights*, ed. by E. Kamenka e A. Ehr-Soon Tay, cit., pp. 62-63.

sacrificato in nome dell'ordine sociale, ma neppure il potenziamento e l'estensione di un diritto particolare può restringere indebitamente il riconoscimento di altri diritti o l'effettivo godimento da parte di tutte le persone.

Per questo la regolamentazione, la determinazione, la specificazione dei diritti, cioè in una parola la loro positivizzazione, non devono essere ritenute una limitazione, ma il modo in cui essi esistono come diritti, perché v'è identità tra un diritto legale e il suo esercizio o la sua praticabilità. Il diritto naturale come principio di organizzazione e di ordinamento della società costituisce, pertanto, la condizione d'esistenza e d'esercizio dei diritti dell'uomo.

Nella pratica dei diritti la natura del diritto e la natura dell'uomo s'incontrano ed è la prima a dare alla seconda una consistenza operativa, fornendo un contesto di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca che aiuta a superare le differenti concezioni antropologiche e ideologiche. Così la pratica dei diritti e l'improbabile accordo pratico, che la sostiene, permettono la coesistenza delle libertà, che è oggi divenuta un elemento essenziale della sopravvivenza stessa dell'essere umano⁴⁸.

48. Messner definisce il diritto naturale come "l'organizzazione dei rapporti sociali in accordo con le finalità umane esistenziali". Cfr. A. VERDROSS, *Due fondamenti empirici delle norme di diritto naturale. Una ricerca comparativa sulla determinazione del diritto naturale secondo Johannes Messner e della morale sociale secondo Viktor Kraft*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1973 (50), pp. 713-722.