



**UNIVERSITÉ PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE
U.F.R. DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE**

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ' E DELLO
SPORT**

**École doctorale de Droit et Science politique
Thèse en cotutelle internationale**

pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Discipline : Droit public

présentée et soutenue publiquement à Palerme le 9 mars 2015 par

DARIO PAGANO

**DIRITTI NATURALI E DIRITTI UMANI
DROITS NATURELS ET DROITS HUMAINS**

Directeurs :

Mme Isabel TRUJILLO, Professeure à l'Université de Palerme (Italie)

M. Éric MILLARD, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
(France)

Jury :

M. Pierre BRUNET, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La
Défense (France)

Mme Francesca DE VITTOR, Professeure à l'Université Cattolica S. Cuore de
Milan (Italie)

M. Andrea Mario LAVEZZI, Professeur à l'Université de Palerme (Italie)

M. Vito VELLUZZI, Professeur à l'Université "Cesare Beccaria" de Milan
(Italie)

INDICE

Introduzione	1
---------------------------	----------

Capitolo I

Concezioni contemporanee dei diritti umani	7
---	----------

1. La natura dei diritti umani all'interno del dibattito contemporaneo anglosassone	7
2. Concezioni politiche dei diritti umani	8
3. Concezioni naturaliste (o ortodosse) dei diritti umani	17
4. Struttura delle concezioni naturaliste dei diritti umani	19
4.1 Epistemologia delle teorie dei diritti umani secondo un approccio di tipo naturalista	19
4.2 La proprietà naturale che genera diritti: il fondamento dei diritti	21
4.3. La giustificazione dei diritti	26
4.3.1. La teoria della scelta	29
4.3.2. La teoria dell'interesse	31
4.3.3. Casi particolari della teoria dell'interesse: la teoria delle capacità	34
4.3.4. Casi particolari della teoria dell'interesse: la teoria della personalità	37
4.4. Metaetica dei diritti	38
5. Profili dei diritti umani secondo un'interpretazione naturalisticamente orientata	41

Capitolo II

La recezione dei diritti naturali nel dibattito sui diritti umani..... 45

Sezione I

L'idea dei diritti naturali..... 45

1. Il recupero del pensiero sofista: illuminismo greco 47
2. Cosmopolitismo sofista 49
3. Il valore della *physis* e la superiorità del diritto naturale nei confronti del diritto positivo 52
4. L'artificialità della comunità politica: la categoria ideale del contratto sociale 54
5. Le condizioni ideali dei diritti nell'attualità della tradizione stoica..... 56
6. Le componenti della natura umana in una prospettiva stoica: l'istinto naturale..... 61
- 6.1. Le componenti della natura umana in una prospettiva stoica: la ragione..... 62
7. La *civitas maxima* 65
8. L'idea della normatività dell'individuo 68

Sezione II

Il concetto di diritti naturali..... 72

1. Villey e il nominalismo francescano 73
2. Tuck e l'origine gersoniana dei diritti soggettivi 80
3. Tierney e i canonisti del XII e XIII secolo 87
4. Il tramonto della teoria di Villey sull'origine del diritto soggettivo91

5. Critiche alla ricostruzione offerta da Tuck	96
6. Contributi di un'indagine sul concetto di diritto soggettivo al dibattito contemporaneo sui diritti	99

Sezione III

Le teorie dei diritti naturali..... 104

1. L'attrazione contemporanea verso il giusnaturalismo moderno e le teorie dei diritti naturali.....	104
2. Razionalismo	109
3. Individualismo e teoria del contratto sociale.....	113
4. Secolarizzazione: la riunione in chiave moderna dei postulati classici e medievali sui diritti naturali	115
5. Dalla legge naturale ai diritti naturali	120
6. Il giusnaturalismo della legge e il giusnaturalismo dei diritti	123
7. L'oggetto del contratto sociale: i diritti naturali.....	126
8. Il modello fondamentale della teoria dei diritti naturali: la proprietà	129
9. Diritto soggettivo pubblico: la sovranità.....	138
10. Il fondamento dei diritti naturali.....	140
11. Diritti naturali e legge naturali	146
12. L'interpretazione del contratto sociale e il ruolo dei diritti naturali: tre ipotesi paradigmatiche	150
12.1. La dottrina dell'assolutismo	151
12.2. La dottrina della rappresentanza	153
12.3. La dottrina della volontà generale	157

Capitolo III

Confronto	161
1. Analogie.....	161
1.1. Soggettività morale.....	162
1.2. Eguaglianza.....	164
2. Differenze	167
2.1. Il valore della storia.....	167
2.2. L'emancipazione dalla natura	173
2.3. Diritti naturali e diritti umani: luoghi di moralità	180
2.4. Diritti naturali e diritti umani: i titolari. Immagini antropologiche	184
2.5. Diritti naturali e diritti umani: una chiave di lettura per interpretare il rapporto tra diritto e morale	189
Conclusione	195
Bibliografia.....	202

Introduzione

Nell'immediato dopoguerra, tra gli appartenenti alla cultura giuridica occidentale si diffuse un atteggiamento di condanna verso le cause e i catastrofici effetti che colpirono drammaticamente l'intera umanità.

Questo comune sentire si tradusse nella reviviscenza delle istanze giusnaturaliste sino ad allora pretermesse dal formalismo giuridico di stampo positivista, che rappresentava il modo d'intendere il diritto all'epoca dominante.

La teoria positivista del diritto, identificando tutto il diritto nel diritto positivo, fu accusata di preparare le condizioni per il riconoscimento di qualsiasi ordinamento giuridico, disinteressandosi dei contenuti che le norme avrebbero, o non avrebbero, dovuto esprimere¹. Si contestava, e si continua a contestare, ad un certo modo d'intendere il positivismo giuridico, di esprimere l'ideologia dell'obbedienza cieca alla volontà del sovrano².

Si manifestò una situazione storica in cui "al di fuori della legge

¹ Le tesi di cui si compone il positivismo giuridico (tradizionale ottocentesco) sono schematicamente e sommariamente individuabili in (Schlag 2010): a) concettualismo (il diritto contiene dei concetti sufficientemente ricchi e determinati da permettere una comprensione di base del sistema giuridico); b) assenza di lacune (non esiste problema a cui il diritto non sappia dare risposta); c) autonomia (il diritto sviluppa la sua logica interna); d) completezza (l'ambito del diritto non solo è di per sé completo perché non contempla lacune, ma è altresì descrivibile senza fare riferimento ad altri ambiti dell'esperienza umana quali la morale, la sociologia, l'economia e così via)

² In realtà, all'interno del positivismo giuridico sono state distinte tre varianti (Bobbio 1972): a) il positivismo ideologico, vale a dire una certa ideologia del diritto che prescrive di prestare obbedienza al diritto in quanto posto dal sovrano; b) il positivismo teorico, che si configura come una teoria delle fonti del diritto, secondo cui l'oggetto "diritto" consiste di un insieme di norme che non sono altro che l'espressione della volontà umana, la cui validità è indipendente dalla conformità a criteri meta-normativi riferibili ad un ordine morale o naturale (Troper 2007); c) il positivismo epistemologico o metodologico, cioè un certo modo di approcciarsi all'analisi del diritto, contrassegnato da un'attività assiologicamente neutra (Brunet 2005, 160), e da una rigida separazione dei fatti dai valori.

positiva non si riconobbe più nessun principio giuridico valido, e si considerò diritto soltanto il complesso di norme poste dal legislatore" (Fassò 1979).

In effetti, fu proprio il diritto, assistito da un'imponente struttura burocratica, il principale strumento di progettazione ed attuazione dei piani di sterminio razziale³. Le regole giuridiche, e l'apparato burocratico, asservirono gli scopi più riprovevoli cui l'uomo, accecato da una volontà di potenza e di predominio, avesse potuto tendere, a fronte di un'incapacità dei giuristi del tempo di reagire nei confronti di leggi arbitrarie o dal contenuto criminale⁴.

Di fronte allo scenario descritto si manifestò l'esigenza urgente di porre in discussione e di ristabilire – sulle ceneri della civiltà giuridica europea dilaniata sia fisicamente, sia spiritualmente – il ruolo, il valore e il fondamento del diritto.

Fu in occasione del processo di Norimberga che le istanze morali anzidette, non solo vennero sollevate con forza, ma trovarono attuazione nelle decisioni dei giudici.

Il processo di Norimberga, oltre ad essere stato un processo sugli atti di coloro che, a vario titolo, furono coinvolti nell'impresa criminale, fu anche, e soprattutto, un "processo ad un certo modo d'intendere il diritto" (Ricciardi 2004, 159).

All'interno dei dibattiti giudiziari, a fronte d'imputati di crimini che

³ Proprio in questo ruolo del diritto si rileva la peculiarità della crudeltà dittatoriale, vale a dire il fatto di avere perpetrato azioni deprecabili, non attraverso meri atti di forza fisica bruta, ma attraverso l'impianto legale: "Tra i massacri della seconda guerra mondiale una tragica particolarità riguarda il genocidio degli ebrei, chiamato *Shoah* o *Olocausto* in diversi contesti culturali. Il carattere originale di questa violenza, spesso classificata come una *unicità* che riguarda, in realtà, tutti gli eventi storici, è certamente la sua estensione, la determinazione a distruggere totalmente un gruppo umano in base a criteri di razza stabiliti arbitrariamente, l'accanimento pianificato, burocratico e tecnicizzato con cui il nazismo mise a punto la *soluzione finale*. Ma è soprattutto la percezione che si trattò di un momento aberrante della storia umana in cui tutte le forme di violenza, di esclusione, di distruzione e di ostracismo furono sperimentate insieme per ottenere un risultato definitivo alla propria folle "razionalità" ideologica" (Flores 2008, 199).

⁴ La tesi positivista, per cui l'obbligatorietà del diritto si riduce all'obbligatorietà della forza, non sarebbe in grado di fondare l'obbedienza al diritto, dando luogo, piuttosto, ad una situazione di necessità tale per cui il diritto non sarebbe altro che acquiescenza nei confronti del potere (Radbruch 1946, 149-163).

invocavano a loro difesa il rispetto del diritto positivo statale (nell'aula di tribunale riecheggiavano le tesi difensive positiviste: può un individuo, funzionario statale, essere giudicato e condannato per aver applicato il diritto dello stato di appartenenza? E sulla base di quali leggi?), si trattò di trovare nuovi e diversi criteri sulla base dei quali valutare la condotta umana.

La soluzione, indicata nelle condanne che seguirono ai processi, fu l'applicazione delle norme di "diritto naturale" (Radbruch 1959, 233-234): "Così, dopo un secolo di positivismo giuridico, è potentemente risorta l'idea di un diritto al di sopra della legge, commisurato al quale anche le leggi positive possono rappresentarsi come torto legale. Fino a che punto la giustizia esiga che le norme positive ad essa contrastanti siano da considerare come giuridicamente non valide, fino a che punto la certezza del diritto possa porre la contro esigenza che il diritto codificato, nonostante la sua ingiustizia, venga considerato valido: a queste domande è stato già risposto nei capitoli precedenti di questo corso. La direzione di queste risposte si deduce già dal fatto che a questo corso di filosofia del diritto, nel catalogo delle lezioni, fu dato un sottotitolo, che già, da molti decenni, era fuori uso, cioè il titolo: Diritto naturale".

La giustificazione di un'azione sulla base dell'incondizionato rispetto di una legge positiva, indipendentemente dai contenuti prescrittivi e dalle conseguenze effettive che reca con sé, giustificò, a sua volta – e in modo particolare nei casi in cui queste leggi sono il prodotto di una volontà autoreferenziale, prevaricatrice, assolutizzante e oppressiva – il ricorso a dei criteri normativi, di grado superiore a quello statale, con cui giudicare condotte che seppur formalmente valide dal punto di vista della legalità della *lex*, si risolsero in comportamenti illegittimi secondo la giustizia dello *ius*⁵.

“Il processo di Norimberga si colloca al di fuori del diritto nazionale vigente: i criminali nazisti sono condannati in base a valori e norme

⁵ La logica dualista legalità/legittimità è ben riassunta da D'Agostino (1997, 215) nell'espressione che segue, quando, trattando sulle questioni in materia di obiezione di coscienza afferma: "La verità dello *jus* può essere concretizzata in molti modi diversi dalla *lex* attraverso l'*auctoritas* del legislatore; ma in nessun modo la *lex* può manipolare una verità, quale quella dello *jus*, che di principio non le appartiene".

morali universali e a principi di diritto internazionale” (Facchi 2007, 131).

L'avvento di questo rinnovato spirito giusnaturalista legittimò l'uso dell'espressione "ritorno del diritto naturale", o "ritorno di Antigone"⁶.

La fioritura di tendenze neo-giusnaturaliste si manifestò con netta evidenza con l'apparizione dei diritti umani sulla scena internazionale contemporanea. Affermatasi attraverso la Dichiarazione del 1948, questi diritti rappresentano un corpo di valori morali e principi – di libertà, eguaglianza, giustizia, dignità, ecc... – assunti dagli stati della comunità internazionale quali obiettivi di politica interna e internazionale da realizzare.

Il riferimento a una dimensione assiologica, meta-normativa, presupposta dai diritti umani, unitamente alla funzione da essi espletata – intesi, cioè, come strumenti volti a limitare, orientare, valutare e giustificare il potere politico –, conduce a ritenerli, soprattutto dai sostenitori di teorie cognitive di stampo giusnaturalista, degli omologhi dei diritti naturali rivendicati in epoca moderna.

Peraltro, quest'omologia pare legittimata dalla circostanza per la quale il concetto dei diritti umani rimanda alla natura dell'uomo (Sala 1982, 676).

Le ragioni a sostegno di questa corrispondenza tra diritti naturali e diritti umani sono da rinvenire, in primo luogo, nei contesti linguistici.

Un confronto operato tra le moderne carte dei diritti, dalla Dichiarazione d'indipendenza della Virginia del 1776, alla Déclaration des droits de l'homme et du citoyen del 1789, alla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, mostra delle analogie linguistiche: secondo quanto affermato dalla Dichiarazione

⁶ L'esecuzione delle sentenze capitali nei confronti dei gerarchi nazisti fu celebrata mediante l'espressione "ritorno delle leggi di Antigone", poiché si riconobbe la prevalenza dell'autorità di norme metapositive sull'autorità delle norme di un sovrano (Calamandrei 2004, 17-19), “le quali hanno l'aria di nascere nel mondo dello spirito come nascono le piante dal mondo della natura” (Carnelutti 1951). L'Antigone è metafora della lotta della coscienza individuale diretta all'instaurazione di un ordinamento più giusto (Ascarelli 1959); simboleggia il vigore del diritto naturale sul diritto positivo, e, attualizzato al secondo dopoguerra, esprime la riscoperta di quei criteri di giustizia metapositivi che s'impongono, e orientano, in modo particolare, la volontà di colui, o coloro, che detengono il potere di produrre diritto vigente.

d'indipendenza (1776) "Tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi ed indipendenti, e hanno alcuni diritti innati"; la Dichiarazione francese (1789) sancisce che "Gli uomini nascono liberi ed eguali nei diritti (...) lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo"; infine, così l'articolo 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (1948): "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza", o l'articolo 2: "Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, nascita o di altra condizione".

Non c'è dubbio che il linguaggio dei diritti naturali è ben presente nella dichiarazione dei diritti umani. Se gli uomini, per il solo fatto di essere uomini, godono di diritti inviolabili, inalienabili, innati, e indisponibili al potere degli stati, allora, diritti che appartengono all'umanità in quanto tale non possono che inerire alla natura umana.

Sulla base di questo confronto potrebbe inferirsi l'idea secondo cui i diritti umani costituirebbero lo sviluppo dei diritti naturali rivendicati e proclamati tra il seicento e il settecento, in ossequio a una visione aderente ad una prospettiva filosofica sull'origine dei diritti che individua nei diritti naturali l'antecedente storico dei diritti umani (Viola 2000, 15-31). Sulla scorta di tale interpretazione sarebbero del tutto irrilevanti le differenze terminologiche tra diritti naturali e diritti umani, configurando un sintomo di adeguamento esteriore alle esigenze del tempo, e rilevando, tutt'al più, una differenza di estensione. Considerato il loro genetico carattere universale, i diritti umani sarebbero lo sviluppo e la proiezione internazionale dei diritti naturali.

Tuttavia, se a seguito di un'analisi meramente linguistica si potrebbe attribuire un valore analogo a diritti naturali e diritti umani, non è detto che quest'analogia possa avere un seguito sotto il profilo contenutistico ed epistemologico.

Lo scopo del presente lavoro consiste nel provocare l'emersione degli aspetti problematici in ordine ad una corrispondenza senza residui tra

diritti naturali e diritti umani. L'asserita equivalenza tra diritti naturali e diritti umani non deve essere intesa come la conclusione di un ragionamento apodittico basato sull'evidenza, quanto, piuttosto, rappresentare la premessa a partire dalla quale impostare un'analisi sull'intricata complessità giustificativa dei diritti umani alla luce dei diritti naturali.

In ragione di ciò, il lavoro sarà sviluppato secondo le seguenti direttrici:

- in primo luogo, si prenderà spunto dall'attuale dibattito che coinvolge gli studiosi della *jurisprudence* anglosassone sulla natura dei diritti umani, per concentrarsi in modo particolare su quelle posizioni che ricostruiscono il significato dei diritti umani a partire da posizioni ontologiche. L'analisi degli aspetti più rilevanti di tali posizioni, unitamente agli accenni alle concezioni avversarie, contribuiranno a delineare alcuni tratti emblematici della categoria dei diritti umani (titolari, oggetto, fondamento ecc...).
- in secondo luogo si procederà alla ricostruzione del termine di paragone: i diritti naturali. A tal fine, saranno ricostruiti i profili costitutivi dei diritti naturali su tre versanti: 1) la prospettiva dell'idea dei diritti naturali, in cui si analizzerà il patrimonio antico di idee coinvolte nella dottrina dei diritti naturali, 2) la prospettiva del concetto dei diritti naturali volta a comprendere la struttura logica e gli aspetti morali costituenti la cornice di sfondo, 3) la prospettiva delle teorie (moderne) dei diritti naturali, in cui si analizzeranno le costruzioni argomentative e i tratti giustificativi di concetti etici, giuridici, antropologici implicati nella dimensione speculativa dei diritti naturali, che richiamano, sotto nuova luce, gli argomenti sviluppati in sede di analisi dell'idea e del concetto dei diritti naturali.
- in terzo e ultimo luogo, una volta emersi i materiali significativi dell'una e dell'altra categoria, si procederà alla loro comparazione, evidenziando quelli che sono i punti di continuità tra diritti naturali e diritti umani nonché le differenze che ne separano il cammino.

Capitolo I

Concezioni contemporanee dei diritti umani

1. La natura dei diritti umani all'interno del dibattito contemporaneo anglosassone

L'indagine filosofica sulla natura e sul fondamento dei diritti umani occupa una parte rilevante del dibattito giuridico-politico e giuridico-morale contemporaneo.

Cosa sono i diritti umani? Come dovrebbero essere concettualizzati? Quando si parla di diritti umani, qual è l'oggetto di riferimento nel discorso?

La ricerca degli elementi per identificare e comprendere il significato di una posizione soggettiva qualificata in termini di diritto umano implica una serie di questioni ulteriori relative all'individuazione dei titolari dei diritti, alla delimitazione dei doveri correlativi e dei destinatari, all'individuazione dei soggetti cui distribuire la responsabilità per la protezione dei diritti, al rapporto che intercorre tra tutela giuridico-politica e considerazioni morali di sfondo, al ruolo e gli strumenti da assegnare ai vari attori nazionali e internazionali nei compiti di *enforcement* dei diritti umani.

Le questioni sollevate richiedono un'indagine caratterizzata dalla reciproca interazione di questioni sulla natura e sul fondamento dei diritti, considerato che le concezioni sul fondamento dei diritti umani sono influenzate dal modo in cui si concepisce la loro natura (Tasioulas 2010, 109-110). Una peculiare visione sulla natura dei diritti umani potrebbe determinare l'ambito di estensione dei titolari, includendo alcune categorie ed escludendone delle altre.

La possibilità di giustificare un discorso sui diritti umani è attualmente oggetto di scontro tra due grandi posizioni teoriche che si contendono la scena nel dibattito anglosassone sui diritti umani : da un

lato le concezioni politiche dei diritti umani, e dall'altro le concezioni naturaliste, anche dette ortodosse.

In linea generale, le concezioni politiche assumono, come criterio giustificativo dei diritti umani, il ruolo da questi svolto nel contesto politico. Si tratta, evidentemente, di un criterio connesso alle dinamiche contingenti della sfera propriamente sociale e politica. Le concezioni naturaliste, invece, sono tipicamente chiamate ortodosse perché pretenderebbero di porsi in una fedele linea di continuità con le concezioni giusnaturaliste che assumono la “nuda” umanità come miglior criterio da cui ricavare la natura e i fondamenti dei diritti umani.

Un'investigazione filosofica sulla relazione tra diritti umani e diritti naturali non può non prendere le mosse dal serbatoio concettuale offerto dalle posizioni afferenti alla concezione naturalista/ortodossa. Tuttavia prima di procedere alla disamina di tali teorie e dei loro elementi caratteristici, occorre delineare schematicamente i tratti del dibattito poc'anzi richiamato, introducendo le concezioni politiche dei diritti umani.

2. Concezioni politiche dei diritti umani

Le concezioni politiche dei diritti, pur qualificando i diritti umani come istanze proprie della dimensione morale dell'uomo, tuttavia, non approfondiscono gli aspetti connessi alle questioni morali sottese ai diritti umani, preferendo porre l'accento sulla funzione politica che i diritti umani esplicano nel contesto interno, e soprattutto internazionale.

Il contenuto delle concezioni politiche potrebbe essere correttamente ricompreso nel seguente slogan: “il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico, ma politico” (Bobbio 1990, 16)⁷. Ancor più efficace nel suo tono perentorio è l'affermazione

⁷ Anche se sarebbe errato considerare Bobbio tra i sostenitori di tale concezione poiché strettamente associato ad una matrice squisitamente positivista sulle questioni giuridiche, nonchè scettica sulla questione delle radici dei diritti umani.

seguinte: “è politica, non metafisica” (Rawls, 2001a). Secondo i teorici di questa concezione, i diritti umani dovrebbero essere analizzati per l’effetto politico che producono nei riguardi delle istituzioni politiche, riducendo (Pogge, Rawls, Raz) o trascurando (Beitz) il problema della fondazione morale dei diritti.

Eccetto la posizione di Beitz, che esclude nettamente il valore determinante del fondamento dei diritti umani nell’intento di comprenderne il senso, si tratta di concezioni che potrebbero essere qualificate come teorie morali dei diritti in un senso debole, poiché considerano i diritti umani come la *species* di una generale categoria di considerazioni morali la cui analisi è lasciata alle concezioni ortodosse.

In altri termini, i diritti umani sarebbero dei diritti in qualche modo legati alle concezioni morali di fondo, ma non dipendono esclusivamente da queste in quanto godono di un’importanza specifica che deriva dalla loro applicazione alla pratica politica.

In questo senso, la concezione politica studia i diritti umani sulla base di una prospettiva politica che, collegandosi debolmente a sfondi concettuali morali, attiene alla moralità politica delle relazioni internazionali (Tasioulas 2010, 120).

Le ragioni di una limitata rilevanza del fondamento morale dei diritti umani sono rintracciabili in due ordini di considerazioni.

Innanzitutto l’impraticabilità di un fondamento assoluto dei diritti. La ricerca di una ragione assoluta e incontrovertibile, dotata di evidenza pratica, genera un dogmatismo filosofico (Beitz 2003, 38) che relega i diritti umani all’interno di una dimensione anacronistica, al di fuori della storia, foriera di fraintendimenti, e inidonea a rendere conto delle caratteristiche empiriche espresse dalla pratica dei diritti umani⁸.

⁸ Questa posizione scettica e relativista sul sostrato metanormativo dei diritti umani richiama il pensiero di Bobbio (1990, 7) intorno all’impraticabilità di trovare un fondamento univoco per i diritti umani. A tal proposito è emblematico l’esempio che l’autore propone sulle conseguenze relativiste prodotte dalla giustificazione di istituti giuridici mediante il ricorso ad argomenti di diritto naturale: “Per fare un esempio: arse per molto tempo fra i giusnaturalisti la disputa su quale delle tre soluzioni possibili relative alla successione dei beni – il ritorno alla comunità, la trasmissione familiare di padre in figlio, o la libera disposizione da parte del proprietario – fosse più naturale (...) Potevano disputare a lungo. Tutte e tre le soluzioni, infatti, sono perfettamente conformi alla natura dell’uomo secondo che si consideri l’uomo come membro della comunità, da cui in

In secondo luogo, l'approccio politico respingerebbe le accuse di campanilismo rivolte ai diritti umani, impedendo che vengano concepiti come un artificio idoneo a mascherare l'imposizione di un sistema di valori di matrice liberale e occidentale su culture tradizionalmente differenti.

Queste concezioni politiche, pertanto, sono annoverabili tra le concezioni pratiche dei diritti umani, in quanto preferiscono stabilire la natura dei diritti umani attraverso il ruolo da questi svolto nello scenario politico, occupandosi di ciò che avviene in concreto quando ci sono in gioco spettanze rivendicate nella forma di diritti umani, piuttosto che dilungarsi nella ricerca di un fondamento, che, peraltro, sarebbe controproducente e mistificante.

Ignatieff (2003, 56-57) individua i vantaggi di una giustificazione storico-prudenziale dei diritti umani a scapito di una giustificazione legata al credo religioso o alla metafisica. Mentre la prima ipotesi giustificatoria consente di cogliere con affidabilità le necessità contenute nella pratica dei diritti umani – tra cui le esigenze fondamentali dell'essere umano, la necessità di norme internazionali condivise quali mezzi di protezione di tali esigenze, la previsione di critica e revisione delle istituzioni ingiuste, il ricorso ad interventi internazionali di tutela –, la seconda, a causa di problemi connessi alla formulazione linguistica suscettibile di interpretazioni controvertibili e oscure, indebolirebbe il valore dei diritti nella scena internazionale, poggiandosi su concezioni particolari che confondono ciò che l'uomo è con ciò che dovrebbe essere, generando contrasti e divisioni, a fronte della pretesa di universalità dei diritti umani.

A questo punto occorre chiedersi come sono concepiti i diritti umani secondo una concezione politica, tentando di farne emergere gli aspetti peculiari.

ultima analisi la sua vita dipende, come padre di famiglia, volto per istinto naturale nella continuazione della specie, o come libera e autonoma, che è la sola responsabile delle proprie azioni e dei propri beni”; degna d'interesse è anche la tesi di autori francesi (Barret-Kriegel 1989; Dufour 1991) che, nell'analisi storico-concettuale dei diritti dell'uomo, evidenzia come i mutamenti nel modo di concepire il diritto siano legati ai processi interpretativi sulla natura umana, di modo che, mentre con Aristotele e la divisione gerarchica degli esseri si definisce un diritto inegualitario, con Cartesio e la centralità dell'uomo e delle sue facoltà razionali si elabora un sistema giuridico egualitario.

Per rispondere alla domanda è opportuno riferire il pensiero di alcuni tra i più rilevanti sostenitori della posizione considerata. Innanzitutto i diritti umani vengono qualificati come *standards* politico-morali che definiscono gli obblighi delle autorità nei confronti dei corrispondenti titolari.

Rawls (2001b, 105-106) attribuisce ai diritti umani un peso e una funzione specifica all'interno delle relazioni internazionali basate sul diritto dei popoli, individuate nei seguenti punti: "1) il loro soddisfacimento è condizione necessaria della decenza delle istituzioni politiche di una società e del suo ordinamento giuridico; 2) il loro soddisfacimento è sufficiente a escludere un intervento energico quanto giustificato da parte degli altri popoli, per esempio mediante sanzioni economiche e diplomatiche, o nei casi più gravi, l'uso della forza militare; 3) pongono un limite al pluralismo dei popoli". Mediante gli espedienti concettuali tipici del contrattualismo politico, Rawls delinea un ordine internazionale in cui gli stati, posti dietro un velo d'ignoranza in merito alla posizione che potrebbero ricoprire nella realtà sociale e politica, sia essa di vantaggio o di svantaggio, decidono di aderire ad una serie di principi di giustizia espressivi dei valori di libertà, indipendenza, eguaglianza, resi effettivi dai doveri corrispondenti⁹. Le funzioni svolte dai diritti umani ne esprimono la generica attitudine a giustificare la guerra e a specificare e delimitare l'autonomia interna di un regime. I diritti umani sono un affare internazionale, potendo essere designati alla stregua di *standards*

⁹ La concezione dei diritti umani è una manifestazione "internazionale", su ampia scala, della concezione di ragione pubblica sviluppata da Rawls (1997). La concezione di ragione pubblica costituisce un elemento centrale delle tesi di Rawls (Schiavello 2001, 103-135; Schiavello 2001, 1,1), intesa come criterio di analisi, individuazione e deliberazione intorno alle questioni giuridico-politiche e giuridico-morali rilevanti e coincidente con "la ragione dei cittadini, di coloro che hanno in comune lo stato di uguale cittadinanza. L'oggetto della loro ragione è il bene pubblico, è ciò che la concezione politica della giustizia richiede riguardo alla struttura istituzionale di base della loro società, nonché agli scopi e ai fini di cui essi, i cittadini, devono porsi al servizio". Viola (2003) attribuisce a Rawls la capacità di aver introdotto nel dibattito politico l'uso pubblico del valore della ragionevolezza. La ragione pubblica, inoltre, consente a Rawls di rendere conto del pluralismo dei valori.

I diritti umani rappresentano un'applicazione della ragione pubblica ad una società internazionale composta da comunità decenti e liberal-democratiche organizzate in stati.

necessari – ma non sufficienti – per la decenza delle istituzioni politiche e sociali¹⁰, stabilendo le condizioni di ammissibilità e legittimazione del diritto e del potere politico sulla base di esigenze di giustizia¹¹.

La prevalenza dell'aspetto politico nella prassi dei diritti umani sottolineato da Rawls ha visto il sorgere delle significative posizioni di Raz e di Beitz.

Raz (2007) pur aderendo all'argomento che vede nei diritti umani una ragione (seppur defettibile) per porre limiti alla sovranità dello stato e generare risposte internazionali per contrastarne le pratiche lesive, tuttavia, specifica il punto di vista politico di Rawls in tre direzioni. Innanzitutto, i diritti umani non sarebbero misure rivolte esclusivamente verso stati. Pur essendo questi ultimi gli attori principali sulla scena internazionale, la forza dei diritti umani come contro-poteri politico-morali si estende oltre, potendo essere rivendicati anche “contro le organizzazioni internazionali, contro altri attori internazionali e quasi sempre essi saranno anche diritti azionabili contro gli individui ed altre istituzioni nazionali” (Raz 2007, 458).

In secondo luogo, Raz pone una riflessione sul rapporto tra limiti della sovranità e limiti dell'autorità legittima. Raz critica Rawls nel momento in cui confonde questi due profili argomentativi. Infatti, secondo Raz, non bisogna pensare che ad ogni azione che travalichi i limiti dell'autorità legittima consegua un intervento internazionale sulla base dei diritti umani. Piuttosto è possibile che, a causa di considerazioni contingenti, quali ad esempio la corruzione degli agenti esterni destinatari della responsabilità di intervenire in caso di violazione dei diritti umani, lo stato può essere protetto da ingerenze esterne nonostante abbia un deficit di autorità legittima interna (Etinson-Liao 2012, 327-352).

Il rapporto tra diritti umani, autorità legittima e intervento esterno

¹⁰ Un'istituzione politica decente è l'opposto di un'istituzione politica in cui si attuano violazioni sistematiche dei diritti umani, denotando un sistema fondato sulla forza, la schiavitù e l'assenza di cooperazione sociale.

¹¹ Rawls (2001b, 106) riscontra nei diritti umani il loro carattere universale, asserendone l'efficacia politico-morale indipendentemente da determinazioni particolari, dotati di una forza intrinseca in grado di imporsi anche sugli stati fuorilegge.

sono gli aspetti fondamentali della concezione politica di Raz. Secondo il teorico “i diritti umani sono quei diritti in relazione ai quali le misure che limitano la sovranità sono moralmente giustificate”(Raz 2007, 458).

Questa definizione è il prodotto di un argomento progressivo che si sviluppa in tre livelli. In un primo livello si individuano quegli interessi umani che possiedono le caratteristiche per poter fondare un diritto morale. Ciò implica anche la definizione delle condizioni fattuali destinate allo scopo. In secondo luogo occorre dimostrare che l'importanza del diritto morale così individuato è causa dell'imposizione di doveri di rispetto e realizzazione in capo agli stati (o altri agenti). Infine, si osserva che gli “Stati non godono dell'immunità dalle interferenze in relazione a tali questioni” (Raz 2007, 467).

In sostanza, per Raz i diritti umani sono quei diritti morali – non necessariamente universali¹² – la cui violazione consente di derogare la sfera dell'immunità sovrana di uno stato (Tasioulas 2010, 123).

La concezione politica di Beitz (2009) traslascia ogni riferimento ad una dimensione metafisica dei diritti umani e al problema del fondamento, considerandoli forieri di equivoci, concentrandosi esclusivamente sul ruolo politico dei diritti umani nei confronti di strutture istituzionali e sociali. La concezione pratica di Beitz muove i propri passi dalle idee politiche di Rawls, ma con l'intento di migliorarne i punti di debolezza, individuati: nella mancanza di riferimento alla possibilità di implementare i diritti nella prassi costituzionale statale; nella mancanza del riferimento ad alcuni aspetti tipici della pratica dei diritti umani, come le attività di *reporting* o *monitoring* o censura; con riguardo al tipo di risposta internazionale verso la violazione di un diritto umano poiché manca un chiaro riferimento a misure non coercitive di natura politica ed economica alternative ad un intervento armato; nell'estensione del novero dei soggetti responsabili di garantire i diritti umani oltre gli stati (Beitz 2009, 101).

I diritti umani sono elementi calati all'interno di una pratica – sorta a partire dal 1648 con la pace di Westfalia e la configurazione di un

¹² I diritti umani esprimerebbero una moralità al confine tra una tensione verso l'universalità e la necessaria dipendenza dal contesto sociale di espressione del valore (Raz 2003).

nuovo ordine internazionale – che è al contempo politica, poiché si compone di una serie di norme dirette a regolare il comportamento degli stati e ad offrire ragioni per reagire alle violazioni, e discorsiva, in quanto esiste all'interno di una comunità globale discorsiva che usa le norme che attribuiscono i diritti umani come criteri per agire e valutare la condotta altrui (Beitz 2009, 8). Escluso il piano morale del discorso, Beitz elabora un modello a due livelli volto a descrivere i meccanismi che entrano in moto dinanzi a una violazione di un diritto umano, individuando al contempo i destinatari del dovere di protezione e l'oggetto della prestazione inerente al rapporto obbligatorio. I diritti umani sono degli *standards* di giustizia internazionale, connessi alla dimensione convenzionale e contingente della sfera sociale e politica, che hanno la funzione di proteggere certi interessi umani “urgenti” contro minacce *standard*. I diritti umani chiamano in prima battuta la responsabilità del singolo stato, imponendo doveri di rispetto dell'interesse protetto, doveri di protezione da agenti non statali soggetti alla giurisdizione dello stato, e doveri di supporto a coloro che sono stati oggetto di deprivazione (Beitz 2009). Lo stato dovrebbe garantire l'effettività ai doveri derivanti dai diritti umani attraverso i mezzi di cui dispone, quali, ad esempio, iniziative legislative, modifiche costituzionali e implementazione di politiche pubbliche. Uno stato che fallisca nell'adempimento dei doveri verso i titolari dei diritti umani incorre in una violazione che costituisce una ragione per l'applicazione del secondo livello del modello descritto da Beitz. Essendo i diritti umani oggetto della prassi politica internazionale, la violazione da parte di uno stato legittima una risposta internazionale che si concretizza nel coinvolgimento dell'intera comunità internazionale, in primo luogo, e nel coinvolgimento di stati e agenti non statali, in seconda battuta, che ricavano dalla violazione del diritto sia una ragione per assistere lo stato incapace di soddisfare la richiesta contenuta nella norma attributiva del diritto umano, sia per interferire dall'esterno per proteggere il diritto umano contro lo stato stesso.

A giudizio dello stesso Beitz, la concezione pratica dei diritti umani da lui formulata, in virtù degli elementi che contiene, dovrebbe ritenersi molto più ampia rispetto a quella proposta da Rawls e Raz (Einson-Liao 2012, 327-352).

Sulla scorta delle posizioni schematicamente analizzate è possibile estrarre alcune implicazioni comuni alla concezione politica.

Innanzitutto, se ciò che conta è la particolare funzione politica svolta dai diritti umani, allora il protagonista della norma giuridica che li attribuisce non è più il suo titolare, bensì il soggetto politico chiamato a ottemperare il corrispondente dovere, ravvisabile, in primo luogo, nello stato, e in seguito, in ulteriori attori internazionali. Sottolineando l'aspetto legato ai destinatari di una rivendicazione formulata in termini di diritti umani, Pogge (2010), dopo aver dichiarato espressamente la sua scelta di non occuparsi dello status ontologico dei diritti umani, cioè del modo di giustificare l'esistenza degli stessi¹³, per dedicarsi esclusivamente all'individuazione e distribuzione della responsabilità della tutela dalle violazioni dei diritti – che l'autore qualifica come atti di disprezzo ufficiale (Pogge 2010, 77) – sugli attori politici, definisce i diritti umani come rivendicazioni morali fondamentali verso istituzioni sociali coercitive e, in subordine, come rivendicazioni nei confronti di coloro che sostengono tali istituzioni (Pogge 2010, 61-63). L'autore si pone da un punto di vista (dallo stesso qualificato come) istituzionale, in opposizione a quelle concezioni dei diritti che trascurano il riferimento alle istituzioni socio-politiche nella spiegazione delle ragioni che fanno di un diritto umano un vincolo nei confronti del destinatario dell'oggetto del diritto. Peraltro, si tratta di una concezione speciale, poiché diverge dal modo di concepire tradizionalmente i diritti umani intesi come diritti morali che richiedono una trasposizione in documenti giuridici acquistando lo status di diritti giuridici. Secondo Pogge il processo di positivizzazione dei diritti non è sufficiente per assolvere la funzione di tutelare le richieste fondamentali degli esseri umani. Muovendo da una prospettiva di effettività del diritto, l'autore aggiunge una condizione ulteriore per la tutela dei diritti umani, ovvero il criterio dell'accesso sicuro alle risorse o ai beni (Pogge 2010, 62). L'autore rileva che non

¹³ Anche se l'autore si premura di tracciare le linee essenziali del processo storico-evolutivo di affermazione dei diritti umani e della specificazione delle richieste morali: dall'oggettività del diritto naturale e la tecnica del dovere alla soggettività metafisica dei diritti naturali, sino alla prassi politica dei diritti umani (Pogge 2010,71-76), individuando i punti di somiglianza e i punti di contrasto tra le varie categorie.

avrebbe alcun effetto riconoscere in forma giuridica il diritto ad una nutrizione adeguata se, nella pratica, non si ha un accesso garantito al bene oggetto del diritto, in relazione a fattori legati alle condizioni personali dei singoli individui, dalle pratiche culturali, dai comportamenti delle istituzioni amministrative e politiche. A tal proposito riporta l'esempio della mancanza di effettività del diritto dei domestici indiani a difendersi contro gli abusi dei datori di lavoro.

Quindi, il criterio dell'accesso effettivo funge da test per stabilire quale dovrebbe essere il mezzo migliore per proteggere rivendicazioni morali umane, e non è detto che debba necessariamente coincidere con la positivizzazione. Il riconoscimento giuridico di determinate esigenze fondamentali è un mezzo adeguato "se fosse empiricamente vero (...) che un accesso sicuro al suo oggetto presuppone l'inclusione di un corrispondente diritto legale nella legge o nella costituzione" (Pogge 2010, 62).

In secondo luogo, i diritti umani vengono qualificati come *standards* politico-morali che definiscono gli obblighi delle autorità coercitive nei confronti dei corrispondenti titolari. La moralità va intesa non come affermazione di un'unica, assoluta e incontrovertibile, concezione morale, ma come una prassi aggregativa e interpretativa volta a favorire un regime universale di protezione dei diritti umani compatibile con il pluralismo morale (Ignatieff 2003, 58).

I diritti umani hanno altresì la funzione di legittimare la costituzione delle autorità politiche e l'esercizio del potere politico, ponendosi come pre-requisito idoneo ad attribuire efficacia vincolante alle decisioni politiche.

Inoltre, e sicuramente questo è il tratto saliente, la loro violazione costituisce una ragione per una reazione di carattere internazionale diretta a reprimerla, veicolando l'idea di un sistema di stati o istituzioni politiche guidati dalla pratica dei diritti umani.

La conseguenza è la descrizione di un metodo di attribuzione della responsabilità internazionale a partire dal destinatario dell'obbligo, il cui presupposto è costituito dalla violazione dei diritti.

In questo modo però si espone il fianco ad un'obiezione rilevante: se l'esistenza dei diritti dipende dalle minacce provenienti da soggetti politici, della svariata specie, allora una volta eliminato quel soggetto

politico il problema si eliminerebbe di conseguenza. Vale a dire che una concezione di diritto come contropotere ha ragione di esistere nella misura in cui esiste il potere verso cui si oppone, cosicché la cancellazione o modificazione del potere avrebbe un riflesso rilevante sulla ragion d'essere del diritto umano, o sul suo modo di configurarsi, relativizzandone il significato (Freeman 1994, 491-514). L'approccio alla natura dei diritti e la rivendicazione del loro carattere preesistente debbono necessariamente scontrarsi con la funzione esercitata nei confronti del potere politico. Se il concetto di potere politico è coesistente a quello di diritti, nel senso che si esercitano come delle "briscole" contro le politiche di benessere collettivo (Dworkin 1982) allora potrebbe essere valida la tesi di Hart che sostiene la dipendenza funzionale e sostanziale del concetto di diritto (umano) con quella di potere politico. Venuto meno un certo modo d'intendere il concetto di potere politico, non ha più ragione di esistere nemmeno quello di diritto (umano)¹⁴.

Inoltre, considerazioni fattuali inducono ad escludere che la dipendenza dalle istituzioni politiche sia un requisito essenziale dei diritti umani. Come osservato da Tasioulas (2010, 122), un sostenitore di una posizione squisitamente anarchica potrebbe utilizzare il linguaggio dei diritti umani per manifestare un rifiuto nei confronti delle istituzioni politiche; in modo simmetrico, il rifiuto nei confronti del presunto sistema delineato dai fautori di una concezione politica dei diritti umani potrebbe essere espresso in termini di diritti umani dai filocosmopoliti, sostenitori di un ordine globale o di uno stato globale.

3. Concezioni naturaliste (o ortodosse) dei diritti umani

Nell'ambito delle concezioni ortodosse dei diritti umani rientrano quelle posizioni che ritengono la questione del fondamento dei diritti

¹⁴ Si rinvia alla disputa insorta tra Hart e Dworkin sul rapporto tra diritti e potere politico (Mangini-Viola 2009). Si tratta di un problema di giustificazione dei diritti umani che rende preferibile scegliere tra altre prospettive per rivendicare una cogenza autonoma rispetto al potere politico, nonostante quest'ultimo sia decisamente rilevante per la pratica dei diritti umani.

umani un elemento preliminare e indispensabile per poterne comprendere il contenuto e specificarne la natura. Per tale ragione potrebbero essere intese come teorie morali in senso forte dei diritti umani.

Secondo questa posizione, alla domanda su “quali siano quelle entità che devono essere ritenute diritti umani”, tali teorie forniscono una risposta che verte sulla formulazione di criteri assiologici, di tipo metaetico e metapolitico, che siano idonei a giustificare la posizione in documenti giuridici.

Soltanto chiarendo una volta per tutte quale sia la base attorno a cui sono concepiti i diritti umani, allora è possibile dissipare i conflitti e le debolezze emergenti in sede di applicazione pratica.

Le concezioni ortodosse ricorrono a valutazioni sulle caratteristiche tipiche della natura umana per giustificare l'attribuzione di diritti, situandosi, o tentando di situarsi, in una prospettiva di continuità con il linguaggio tipico dei diritti naturali.

Pertanto, la locuzione “ortodosse” desume un'idea di continuità, di legame, con la tradizione teorica dei diritti naturali inaugurata nel XVI-XVIII secolo.

Ma che cosa rende tale un diritto umano?

La risposta alla domanda, fornita da un punto di vista ortodosso, imporrebbe l'adozione del medesimo punto di vista teorico espresso da un'impostazione aderente alla logica delle teorie giusnaturaliste sui diritti, che pur restando fedele alla tradizione, sia al contempo in grado di spiegarne gli sviluppi più significativi.

Con l'espressione “tradizione giusnaturalista” non si vuole fare riferimento, indifferentemente, a una qualsiasi delle varie forme che ha storicamente assunto la dottrina giusnaturalista nel corso dello sviluppo della civiltà umana, bensì alla specifica versione del giusnaturalismo dei diritti naturali, inteso come il complesso delle posizioni teoriche ascrivibili al giusnaturalismo contrattualista moderno e comprensive di idee politiche e morali basate sul concetto di potere politico, di sovranità, di stato, ecc... (Pariotti 2013, 9), su cui i sostenitori delle concezioni ortodosse pretendono di porsi in continuità.

Avvalendoci dell'analisi di Sumner (1984, 20,41), una teoria dei diritti umani basata su un approccio giusnaturalista ai diritti deve

soddisfare quattro requisiti: 1) adottare una concezione epistemologica basata sul realismo morale; 2) associare la titolarità di un diritto al possesso di alcune proprietà rilevanti; 3) fare riferimento ai diritti; 4) trattare i diritti come considerazioni moralmente fondamentali.

4. Struttura delle concezioni naturaliste dei diritti umani

4.1. Epistemologia delle teorie dei diritti umani secondo un approccio di tipo naturalista

In primo luogo viene in rilievo la metodologia conoscitiva di cui si avvale la teoria per sostenere le sue posizioni sostanziali di carattere fondamentale. Si tratta di un'epistemologia basata sul realismo morale.

In linea generale, il realismo morale è un caso speciale del realismo metafisico secondo cui esistono dei fatti di un certo tipo che sono metafisicamente o concettualmente indipendenti dalle credenze o proposizioni che costituiscono la nostra evidenza che quei fatti si verificano (Brink 2003, 19). In forma logica, dati certi fatti o proprietà di tipo x , questi fatti sono indipendenti dall'evidenza a loro sostegno. In accordo con questa descrizione, ne discende che il realismo morale implica l'esistenza di fatti morali che sono indipendenti dall'evidenza a loro sostegno (Brink 2003, 19-21). Le teorie metaetiche realiste affermano che le proprietà morali appartengono ad una realtà oggettiva presente nel mondo, che non dipende dalle doti cognitive, o percettive, con cui il soggetto le conosce¹⁵. Generalmente, una metaetica realista è accompagnata da un atteggiamento oggettivista, vale a dire la credenza secondo cui è possibile giustificare razionalmente le proposizioni morali (De Mori 1998, 25), e da un approccio di tipo cognitivista, che implica la qualificazione dei concetti morali e dei giudizi di valore alla stregua di proposizioni assertive

¹⁵ Alla prospettiva realista si accompagna un atteggiamento descrittivista volto ad attribuire all'attività conoscitiva umana principalmente un ruolo ricognitivo di una realtà morale ritenuta preesistente ad essa.

dotate degli attributi di verità o falsità. L'indagine sulla verità dei giudizi morali e sul significato degli enunciati morali ha subito una traslazione dall'adozione di un approccio di carattere concettuale ad un criterio di natura ontologica: come puntualizzato da Mackie (2001, 25), "oltre a questioni linguistiche o concettuali ci sono anche questioni ontologiche sulla natura e sullo status della bontà o della giustizia (...). Tali questioni riguardano un'analisi fattuale piuttosto che un'analisi concettuale: il problema su cosa sia la bontà non può essere risolto in maniera conclusiva ed esaustiva mettendo a fuoco qual è il significato della parola "buono", o analizzando che cosa di solito si usa dire o fare con essa".

Tuttavia, occorre precisare che non tutte le forme di cognitivismo sono realiste, in quanto possono darsi configurazioni cognitive che negano una realtà delle proprietà morali (Magni 2004; Id. 2007). Un caso paradigmatico è rappresentato da certe posizioni afferenti al costruttivismo morale, la tesi per cui si danno fatti morali che sono dipendenti dalle credenze del soggetto (in altri termini (Brink, 2003, 24), dati certi fatti morali, questi dipendono dall'evidenza a loro sostegno). Rawls (2001c, 68), ad esempio, ritiene che "l'oggettività morale deve essere intesa nei termini di un punto di vista sociale adeguatamente costruito che tutti possono accettare. Oltre la procedura di costruzione dei principi di giustizia, non ci sono fatti morali". Il costruttivismo morale, pertanto, è una tesi cognitivista, poiché ammette la presenza di fatti morali, ma prende le distanze dal realismo in quanto propone una visione differente in merito alla natura dei fatti morali (Corradini, 2007, 313).

In sostanza, un modo di concepire l'etica basato su un atteggiamento realista, cognitivista e oggettivista esprime (Smith 1993, 401) "l'idea che le questioni morali siano suscettibili di una risposta corretta, che le risposte corrette siano stabilite in base a fatti morali oggettivi, che i fatti morali oggettivi siano determinati dalle circostanze reali e che, riflettendo moralmente, possiamo scoprire cosa sono questi fatti morali"¹⁶. Si tratta di una concezione metaetica realista in senso forte,

¹⁶ Al contrario del realismo morale, cognitivista e oggettivista, il non cognitivismo etico nega la possibilità conoscitiva dei fatti morali, e la conseguente attribuzione del valore di verità o falsità a questi ultimi. Il non cognitivismo nega che i giudizi

nella misura in cui i “predicati morali – buono, giusto e così via – si riferiscono a proprietà reali delle cose” includendo a pieno titolo i fatti morali nella “struttura del mondo” (Rachels, 1998, 9)¹⁷.

Nell’alveo del realismo morale s’iscrivono le concezioni naturaliste dei diritti. Avvalendosi dell’epistemologia descritta, e basandosi su dati ontologici, una teoria dei diritti umani naturalisticamente orientata si propone di considerare i suoi principi fondamentali come il riflesso di caratteristiche fondamentali appartenenti ad un ordine morale indipendente. Ciò rende l’asserzione secondo cui gli individui hanno diritti in virtù della loro natura un dato di fatto che può essere confermato o smentito attraverso l’argomentazione e l’evidenza. I diritti, secondo tali premesse, sono fatti morali oggettivi che esistono nella realtà, la cui esistenza può essere predicata in termini di verità o falsità.

4.2. La proprietà naturale che genera diritti: il fondamento dei diritti

La seconda condizione è volta a stabilire il principio logico-morale di attribuzione di un diritto al fine d’individuare le proprietà costitutive della natura umana che giustificano l’attribuzione o il riconoscimento di un diritto. Pertanto, assumendo che tutti gli individui che posseggono le proprietà P hanno un diritto D, il possesso di P costituisce condizione necessaria e sufficiente per la titolarità di D. P non necessariamente è riferibile ad un’unica proprietà, ma può essere il risultato un insieme di proprietà.

morali designino delle entità reali. Nella variante emotivista del non cognitivismo etico, i giudizi morali non soltanto sono privi di riferimento alcuno, ma la loro funzione è diretta ad approvare un fatto, suscitando negli altri il medesimo atteggiamento di approvazione (Stevenson 1937). La variante prescrittivistica, invece, muove dal comune assunto che nega valore descrittivo ai giudizi morali, per enfatizzarne l’aspetto esclusivamente prescrittivo (Hare 1968).

¹⁷ Nella concezione di Rachels l’oggettività assumerebbe, altresì, un senso debole qualora venisse concepita esclusivamente come un metodo di risoluzione razionale dei problemi morali.

Il criterio di attribuzione di un diritto determina le modalità di distribuzione di quel diritto, vale a dire, la classe di coloro che ne sono titolari. Il criterio per l'attribuzione di diritti naturali deve essere una proprietà che rinvii alla natura umana¹⁸. Una teoria dei diritti naturali deve assegnare diritti fondamentali agli individui in virtù del semplice possesso di alcune qualità ricavabili dalla natura.

A questo punto, premesso che i diritti umani sono quei diritti che appartengono agli esseri umani semplicemente in virtù della loro umanità, che cosa rende una proprietà tale da assolvere la funzione di criterio di attribuzione dei diritti? Quando ci si trova dinnanzi ad una proprietà che definisce la natura umana?

Secondo un'impostazione empirista, l'indagine naturalista per la risposta alla domanda implica, in primo luogo, accertamenti di carattere fattuale. Ciò escluderebbe ogni considerazione legata al

¹⁸ In una prospettiva naturalista, dunque, l'oggettività dell'etica è legata da un rapporto ontologico ed epistemologico con le scienze naturali e sociali (Corradini, 2007, 318). Secondo la tesi della dipendenza ontologica, l'etica si compone di fatti naturali. Secondo la valenza epistemologica, i fatti morali sono, al pari di quelli naturali, dotati della medesima capacità esplicativa autonoma posseduta dalle scienze quali la chimica, la fisica, la psicologia e così via.

La tesi principale del naturalismo etico (Brink, 2003; Boyd, 1988; McDowell 1998; Railton, 1996; Sturgeon 2006) fa dipendere la verità dei termini morali da certe proprietà naturali. Per il sostenitore del naturalismo etico, in altri termini, una cosa è intrinsecamente buona in quanto possiede una determinata proprietà naturale. A seconda della selezione dei fatti descritti dai giudizi di valore, si distingue tra un naturalismo etico soggettivo, e un naturalismo etico oggettivo (Nino 1996, 313-316). Secondo la variante soggettiva, i termini etici sono riferibili ad atteggiamenti o sentimenti di qualcuno, sia esso un singolo individuo sia una comunità particolare. Il naturalismo etico oggettivo, invece, nega che le proposizioni morali siano espressione di atteggiamenti di particolari individui. Spesso a questa variante accede una prospettiva utilitarista determinando l'identificazione di termini come "buono" o "giusto" con che massimizza il benessere, o la felicità generale. Sulla base del parametro aggregante utilitarista è possibile una verifica empirica dell'enunciato morale (Perry 1954).

La derivazione dell'enunciato morale dalla proprietà naturale può avvenire o per via sintetica a posteriori, oppure, per via analitica, mediante una ridefinizione idonea a delineare un'identificazione tra la proprietà morale e la proprietà naturale (Magni, 2007, 195).

La relazione tra proprietà naturali e proprietà morali si potrebbe intendere come un rapporto di identità necessaria (Frankena 1939, 58; Kripke 1984, 97-105; Wiggins 1980, 109-111). In questo senso "i termini morali e certi termini delle scienze naturali designano o esprimono le stesse proprietà" (Brink, 2003, 184). In un'altra accezione, la relazione tra proprietà naturali e proprietà morali può essere pensata in termini di costituzione, vale a dire la tesi per cui le proprietà naturali rappresenterebbero soltanto uno degli elementi idonei a concorrere nella costituzione delle proprietà morali (Brink 2003, 186).

possesso di qualità sovranaturali come avere un'anima. Inoltre, il possesso di proprietà naturali esclude il riferimento ad istituzioni particolari o convenzioni sociali. Quindi, le proprietà convenzionali come la cittadinanza sono escluse. Pertanto, una proprietà naturale, per essere tale, deve essere empiricamente percepibile, e non deve essere di natura convenzionale. Da una prospettiva empirica, per stabilire se un essere vivente possiede una natura umana occorre verificare se vi è una corrispondenza con un modello strutturale formato da caratteristiche (es. genoma) empiricamente percepibili.

Il concetto di natura non si presta, tuttavia, ad interpretazioni univoche. Vi sono un pluralità di significati espressi dalla natura, e in particolare dalla natura umana. La complessità dell'essere umano si manifesta in una molteplicità di aspetti che non è possibile cogliere esaustivamente con l'ausilio di un unico criterio d'indagine, ma si compone di varie sfaccettature che ne arricchiscono il contenuto e ne complicano il significato.

Il punto di vista empirico sarebbe un valido strumento per rispondere a domande relative al "come" della natura umana, che implicano un atteggiamento meramente descrittivo, ma si troverebbe in difficoltà sui "perché" della natura umana, vale a dire sulle questioni relative al senso e al fine dell'uomo. Ecco perché l'atteggiamento empirista è solo uno dei possibili modi d'individuazione delle proprietà della natura umana che rilevano al fine di stabilire una connessione normativa con l'attribuzione di diritti.

Un diverso tentativo per giungere al medesimo risultato appartiene a quelle posizioni che assumono una concezione a priori della natura umana in grado cogliere compiutamente e in maniera assoluta i suoi aspetti fondamentali: la natura viene definita in senso metafisico-ontologico¹⁹. Tale approccio metafisico di fondazione dell'etica postula, a premessa delle sue conclusioni, una definizione sostanziale della natura umana volta ad attribuirle un senso in termini ontologici o metafisici. La nozione metafisica di uomo si basa su un processo di astrazione che muove "dal sensibile concreto all'intelligibile astratto,

¹⁹ Non è l'unica alternativa – vi sono diversi modi (es. cosmologico, storico, etico, teologico) d'intendere la natura (Viola 1997, 9-27) – ma è tra le più rilevanti.

dalle cose particolari della realtà ai concetti universali” (Lucas 2007, 106). L’atteggiamento riflessivo implicato nella prospettiva metafisica è intimamente connesso con le proprietà empiriche dell’oggetto considerato che, al termine del processo razionale, verrà depurato da tutti gli elementi contingenti e accidentali in assenza dei quali mantiene intatta la propria essenza. L’approccio metafisico è un approccio all’essenza delle cose. La definizione dell’uomo proposta dalla dottrina aristotelica, e mantenuta nella corrente di pensiero tomista, secondo cui l’essere umano è un essere di natura razionale, è un esempio di concezione metafisica della natura umana. La caratteristica sostanziale dell’essere umano, la sua razionalità, viene assunta a parametro immutabile e distintivo dell’essere umano rispetto agli altri esseri, ricavabile mediante un atteggiamento descrittivo delle sue proprietà²⁰.

L’essenza della natura umana secondo un prospettiva ontologico-metafisica può essere ricavabile secondo tre modalità (Viola 1997, 13):

1) secondo un senso statico la natura ontologica di una cosa si ricava dalla sua forma (e in questo senso la dimensione biologica assume un peso importante della definizione dell’essenza umana); 2) secondo un senso dinamico l’essenza della natura umana si determina dalle potenzialità finalisticamente orientate che esprime; 3) secondo un senso finalistico, l’essenza umana coincide con lo stadio finale del suo sviluppo²¹.

²⁰ “Aristotele suggerisce di osservare quale è l’attività o la capacità specifica degli esseri umani, quella che ci distingue da tutto il resto. Questa capacità distintiva risulta essere la ragione e la funzione della vita umana è, conseguentemente, l’esercizio della ragione” (Antony 2000, 27).

²¹ Il modo aristotelico di concepire l’essenza della natura umana è intrinsecamente finalistico: l’essenza viene percepita in senso dinamico e finalistico identificandola con l’organizzazione funzionale propria a ciascuna specie (Nussbaum 1995, 222). L’essenza o anima di una cosa, secondo Aristotele (*De Anima* II.I, 412a 21-30), si rivela nel suo orientamento finalistico: “Se l’occhio fosse un animale, anima sarebbe la sua vista”. L’anima (o forma) è struttura funzionale della materia e risiede nella materia (Putnam-Nussbaum 1995, 56). Ma il significato ontologico non riguarda esclusivamente le cose materiali o biologiche, ma si riferisce anche ai prodotti culturali (natura della famiglia, del diritto...): “Perciò ogni città è un’istituzione naturale, se lo sono anche i tipi di comunità che le precedono, in quanto essa è il loro fine e la natura di una cosa è il suo fine, cioè diciamo che la natura di ciascuna cosa è quello che essa è quando si è conclusa la sua generazione, come avviene per l’uomo, il cavallo, la casa” (Aristotele, *Politica*, I, 2,

Sull'influsso dell'impostazione metafisica, le teorie contemporanee dei diritti umani d'ispirazione naturalista elaborano un processo di attribuzione dei diritti sulla base di un ragionamento che parte da premesse intorno a certe qualità assunte come sostanziali, comuni, permanenti e distintive della natura umana, e conclude con il riconoscimento di quei diritti che esprimono le qualità contenute nelle premesse.

Nelle concezioni ortodosse che saranno esaminate nel corso del capitolo (Nussbaum, Griffin) il possesso di requisiti naturali, legato ad un principio di razionalità insito nell'uomo, trasmette proiezioni assiologiche solitamente riconducibili all'idea di dignità umana, considerato che "questa procedura di fondazione dell'etica è quella che collega il contenuto della morale a una definizione dell'uomo concepito come "persona", con una propria peculiare natura sostanziale che ne garantisce la dignità" (Lecaldano 1995, 72).

Il riferimento alla dignità umana presuppone una pre-comprensione della natura umana al fine di attribuirvi significato e desumerne concetti morali fondamentali.

Una prospettiva naturalista applicata ai diritti umani postula il previo isolamento di alcune caratteristiche che si assumo come stabili, anche rispetto ai mutamenti contingenti dettati da circostanze esogene, idonee a differenziare l'uomo da altri essere viventi.

Secondo questa visione gli esseri umani hanno dei diritti perché sono dotati di dignità, concetto, quest'ultimo, che rinvia all'idea di una determinata natura dell'essere umano segnata dalla razionalità e dalla libertà²².

La più efficace espressione di questa tecnica giustificativa dei diritti umani è riassunta nel pensiero di Finnis (1983,12), il quale asserisce che "quando noi stiamo identificando beni fondamentali intrinseci all'umanità, non stiamo adulterando o allontanandoci dal principio del rispetto per le persone. Stiamo semplicemente considerando le persone nella loro integralità non dualistica. I fondamentali beni umani, o valori, non sono delle mere astrazioni; essi sono aspetti – in realtà sono

1252 b 32-34).

²² A questo proposito Viola (2000, 201) parla di teorie ontologiche dei diritti.

tutti gli aspetti costitutivi – dell’essere e del benessere della carne e del sangue individuali. Essi sono aspetti della personalità umana. La nostra responsabilità fondamentale è quella di rispettare ciascuno di questi aspetti in ognuna delle persone il cui benessere noi scegliamo di influenzare. Non abbiamo mai sufficienti ragioni per mettere da parte queste responsabilità”.

4.3. *La giustificazione dei diritti*

Le teorie dei diritti naturali affermano l’esistenza di diritti. La comprensione del significato relativo a enunciati sui diritti presuppone il rinvio ad una concezione dei diritti. Il dibattito contemporaneo circa la giustificazione dei diritti vede fronteggiarsi due concezioni rivali: la teoria della scelta e la teoria dell’interesse. Tuttavia, prima di procedere all’analisi di ciascuna concezione, occorre accennare ai profili analitici inerenti la struttura del diritto soggettivo, osservando i risultati cui è pervenuto Hohfeld (1969), e da cui sono emersi i successivi sviluppi delle teorie dei diritti.

L’analisi di Hohfeld è segnata dal rigore logico con cui il teorico seziona la nozione di diritto soggettivo scomponendolo in più concetti posti in rapporto di correlatività, o di opposizione. La nozione di diritto soggettivo risulta così frammentata in posizioni atomiche dotate di una valenza logica e una funzione del tutto peculiari. Secondo la ricostruzione hohfeldiana, affermare che un individuo sia titolare di un diritto, considerato il contesto di esercizio e il contenuto della rivendicazione, potrebbe voler significare una delle seguenti ipotesi:

- 1) che un individuo A ha un diritto/pretesa affinché un individuo B debba compiere l’atto X. Un diritto concepito come una pretesa, rappresenta, nello schema hohfeldiano, un diritto in senso forte, idoneo a determinare obblighi sulla condotta altrui interessata dal diritto²³;

²³ L’idea del diritto soggettivo come pretesa è marcata in Kelsen. Per l’autore (2000) il diritto soggettivo è una tecnica specifica di protezione giuridica che si risolve essenzialmente nel concetto di pretesa. Si tratta di una posizione che ha una valenza squisitamente processuale, abilitando il suo titolare a esercitare un’azione giudiziale.

- 2) che un individuo B ha un diritto/libertà nei confronti di un individuo A per compiere x se e solo se A non ha alcun diritto/pretesa a che B debba compiere x. Sono diritti che, a differenza dei diritti/pretesa, non godono di una protezione per il loro esercizio, e perciò sono altresì definiti come permessi deboli (VonWright 1963, 85);
- 3) che un individuo A ha un potere nei confronti di un individuo B di compiere x, se e solo se la posizione dell'individuo B è soggetta ad essere modificata dal comportamento dell'individuo A. I diritti/poteri, pertanto, implicano la capacità di modificare la situazione giuridica del destinatario. Essi presuppongono una specifica concessione da una fonte autoritativa – sia essa la legge dello stato o, in caso di posizioni metanormative, un'autorità morale – che, al contempo, ne assicura il loro esercizio. La differenza tra diritti/libertà e diritti/poteri potrebbe essere espressa in un'altra accezione, ovvero quella consistente nella distinzione tra permessi deboli, che sono scevri di protezione giuridica a causa dell'assenza di una norma attributiva del diritto, e permessi-diritti, che godono di protezione giuridica in quanto riferibili ad una norma permissiva che autorizza il loro esercizio (Nino 1991, 25-29);
- 4) che un individuo B ha un'immunità nei confronti di un individuo A, se e solo se A non ha il potere di modificare la posizione giuridica di B tramite x. Infine, le immunità, che consentono al beneficiario di resistere alle interferenze provenienti da altri individui.

Dalla disamina hohfeldiana si è soliti cogliere degli aspetti rilevanti, chiarificatori delle funzioni della singola posizione di volta in volta considerata. Innanzitutto, i diritti/pretese e i diritti/libertà sono riferibili ad azioni fisiche, cioè azioni riguardanti gli oggetti fisici (Sacconi 1991, 55). I diritti/poteri e i diritti/immunità, invece, sono legati all'effetto giuridico prodotto sulla sfera giuridica altrui, nel primo caso mediante una modifica di situazioni giuridiche preesistenti, nel secondo caso come garanzie verso tali modifiche.

Inoltre, mentre i diritti/pretesa e i diritti/immunità convergono all'interno della categoria dei diritti passivi, che si sostanziano in

richieste dirette a ricevere qualcosa, i diritti/libertà e i diritti/poteri, s'iscrivono nella categoria dei diritti attivi, che abilitano il loro titolare a fare qualcosa.

Il dato più significativo è costituito dal modo in cui Hohfeld concepisce una relazione che si avvale del paradigma del diritto soggettivo in una delle forme considerate, vale a dire la tesi della correlatività necessaria tra posizioni atomiche hohfeldiane.

Come osservato dallo schema logico delle situazioni giuridiche soggettive, i titolari di queste (siano esse diritti/pretese, diritti/libertà, diritti/poteri, diritti/immunità) godono di una posizione di vantaggio, mentre i destinatari delle posizioni correlative (doveri, non-diritto, soggezione, incapacità) si trovano in condizioni di svantaggio²⁴.

Il carattere paradigmatico della tavola delle posizioni hohfeldiane e l'assioma della correlatività (Perry 1977), in virtù del quale ad ogni diritto corrispondono uno o più doveri correlativi, rappresentano il materiale preliminare per affrontare un dibattito sullo statuto epistemologico dei diritti soggettivi. Ne risulta un quadro caratterizzato dalla presenza di due posizioni concettuali: da un lato stanziano coloro che considerano la tavola di Hohfeld come esaustivamente idonea a illustrare con rigore le situazioni giuridiche che si rifanno al concetto di diritto soggettivo; dall'altro lato, invece, vi sono le posizioni di coloro che riconoscono l'importanza della teoria di Hohfeld, ma non ne sostengono un'adesione dogmatica. Il punto centrale di queste teorie consiste in una critica dell'assioma della correlatività tra diritti e doveri, incapace di dedurre in modo corretto i doveri istituiti dal riconoscimento di un diritto in capo ad un soggetto.

L'aspetto rilevante è dato da un mutamento di prospettiva relativo all'analisi dei diritti: si passa dal piano della scomposizione logico-analitica dei diritti, al piano della giustificazione dei diritti, ovvero dell'individuazione delle ragioni unitarie che, presiedendo all'attribuzione di diritti, consentono di connettere la dimensione legale

²⁴ Lo schema hohfeldiano è formulabile anche in termini di opposti giuridici, e segnatamente: a un diritto/pretesa si oppone un non diritto; a un diritto/libertà si contrappone un dovere; a un diritto/potere si contrappone un'incapacità; a un diritto/immunità si contrappone una soggezione.

In ciascuna delle combinazioni, il secondo termine della relazione tende a negare il primo.

con la dimensione morale o metanormativa. La ricerca di nuove concezioni dei diritti è motivata, peraltro, dalla necessità di superare il problema della riduzione del linguaggio dei diritti a quello degli obblighi. In sostanza, secondo alcuni autori (Bentham 1843; Bobbio 1980; Kelsen 2000; Ross 1978) il linguaggio dei diritti sarebbe ridondante rispetto a quello degli obblighi, trattandosi del riflesso di prescrizioni o asserzioni esprimibili mediante il linguaggio degli obblighi: “l’idioma dei diritti (...) non aggiunge nulla all’idioma dei doveri; per bene che vada, esso è, semplicemente, ridondante” (Celano 2001, 18). La prospettiva della giustificazione altera il rapporto tra diritti e doveri. Infatti, all’idea di correlatività cede il passo quello della priorità logica, assiologica e concettuale del diritto sul dovere: il diritto è una ragione che giustifica un dovere. Celano (2001, 7-81) riassume questa transizione asserendo che si è assistito al passaggio da una concezione statica dei diritti – ovvero “una concezione che vede un diritto come una posizione normativa soggettiva elementare (atomica), compiutamente determinata, o come un insieme finito, compiutamente determinato (una molecola), di posizioni siffatte” (Celano 2001, 7) – ad una concezione dinamica (Raz 1986, 171) coincidente con la capacità dei diritti di creare nuovi doveri, sulla base di considerazioni legate alle ragioni che precedono l’attribuzione del diritto.

L’idea di giustificazione di un diritto è strettamente correlata alla funzione che il diritto è chiamato a svolgere nella sfera giuridica – e morale – del soggetto.

Quale aspetto dell’umano viene in rilievo mediante i diritti?

Sulla scorta di tali premesse si sviluppano le due teorie più influenti sul significato di diritto soggettivo: la teoria della scelta e la teoria dell’interesse.

4.3.1. *La teoria della scelta*

Secondo i sostenitori della teoria della scelta, i diritti sono delle scelte giuridicamente protette. Il loro esponente principale è individuato in Hart (1964; AA.VV. 1977), ma è possibile rintracciarvi il portato dell’idea kantiana di autonomia individuale di cui godono gli

esseri umani in quanto razionali (Steiner 1998, 262-282), nonché il pensiero giusnaturalista moderno, che separa da un lato l'idea di obbligo identificato con la legge, e dall'altra l'idea di diritto (soggettivo) identificato con la libertà di scegliere tra alternative differenti e opposte (Grozio, Locke, Hobbes). Cosa succede quando un soggetto è titolare di un diritto secondo la versione proposta dalla teoria della scelta? Nel momento in cui il sistema giuridico conferisce dei diritti, al contempo pone il titolare in una posizione speciale, caratterizzata dal controllo esclusivo, più o meno intenso, sul comportamento del soggetto destinatario del dovere diretto a realizzare il diritto vantato. In questo modo il titolare agisce come un sovrano in piccolo a cui è dovuto un certo comportamento (Hart, 1964), ovvero quale soggetto in grado di determinare il comportamento dell'obbligato. Questa posizione speciale in cui si trova il titolare del diritto ha un carattere "aperto" (Celano 2001, 22), nel senso che soltanto lui ha il potere esclusivo di stabilire le circostanze temporali, formali, operative di adempimento del dovere.

La capacità di controllo attribuita del diritto al suo titolare si esplica, secondo Hart (1973, 196-201), in tre direzioni: a) il potere di rinunciare o estinguere il dovere corrispondente, oppure di mantenerlo in vigore; b) il potere di reagire alla violazione del dovere; c) il potere di rinunciare alla pretesa satisfattiva nei confronti dell'autore della violazione. I doveri rappresentano il perimetro d'azione dell'esercizio della scelta giuridica, mediante i quali i diritti – intesi anche come principi morali – amministrano la libertà individuale (Smith 1995).

Pertanto, in accordo con la teoria della scelta i diritti sono uno strumento di risoluzione di conflitti, attuali o potenziali, riferibili in vario modo ad una combinazione delle posizioni hohfeldiane di pretese, libertà, poteri, immunità, che conferiscono al titolare una sfera di dominio e controllo sulla condotta altrui, promuovendo i valori della libertà nella forma di autonomia (Wellman 1995).

La teoria della scelta è oggetto di critica soprattutto per quel che concerne il suo aspetto centrale, cioè la capacità di controllo. Ciò significa che dal campo di applicazione della teoria sono esclusi tutti coloro che, per varie ragioni, non sono in grado di esercitare un controllo effettivo sulla propria scelta (ad esempio la categoria dei soggetti incapaci di agire). Il problema sollevato da queste categorie di

soggetti conduce Hart a operare un discrimine all'interno della categoria del soggetto giuridico, giungendo a riconoscere diritti solamente ai soggetti adulti e sani, capaci di scegliere. Ma in questo modo il discorso sui diritti, più che generarsi all'interno di un processo analitico o etico-normativo, sembrerebbe esprimere il favore per una certa ideologia, quella manifestata in seno alla tradizione liberale, restringendo il mondo morale dell'umano in un'unica dimensione assiologica (De Mori 2000, 132-133). Peraltro, vi sono alcuni diritti che sfuggono al potere di controllo del loro titolare, sebbene questi non versino in una situazione di incapacità. In ambito penale, ad esempio, la pretesa punitiva è esercitata dall'autorità giudiziaria, non dal soggetto titolare (Kramer 1998). Inoltre, è difficile superare la tesi della correlatività tra diritti e doveri in favore di una netta priorità assegnabile ai diritti, atteso che "se la capacità di scelta che viene assicurata dalla libertà in senso pieno sembra essere un ingrediente del nostro concetto ordinario di diritti, un altro ingrediente sembra essere l'imposizione di costrizioni sugli altri individui" (Sumner 1987, 35). Alle difficoltà riscontrate dalla teoria della scelta ha cercato di rimediare la teoria dell'interesse.

4.3.2. *La teoria dell'interesse*

La teoria dell'interesse rappresenta un'evoluzione della teoria del beneficio proposta da Bentham, sviluppatasi a partire dal pensiero di Jhering (1878). Questa – come ricostruita da Hart (1982) – individua il *proprium* del diritto nel beneficio derivato dall'adempimento dell'obbligo corrispondente al diritto considerato. La posizione del titolare del diritto s'identifica con quella del beneficiario dell'adempimento dell'obbligo correlativo. Sulla base dell'assunto secondo cui i diritti garantiscono dei benefici ai loro titolari, la cui effettività riposa sull'imposizione di un obbligo correlativo generato dal diritto stesso, si costruisce la teoria dell'interesse, in virtù della quale "la caratteristica essenziale delle regole che conferiscono diritti è quella di avere come scopo specifico la protezione o la promozione degli

interessi individuali” (MacCormick 1977)²⁵. I diritti nascono con la funzione precipua di proteggere gli interessi fondamentali degli esseri umani, collegati con il loro benessere e la realizzazione del proprio piano di vita.

Dal fatto che esistono dei beni necessari per l'essere umano deve parimenti dedursi l'esistenza di pretese normative aventi ad oggetto gli stessi (Gewirth 1982; Melden 1977). L'affermazione dell'esistenza di diritti all'interno di una teoria morale presuppone il riconoscimento di interessi assunti quali ragioni sufficienti (Raz 1986, 193) e necessarie (Feinberg 1980) per l'imposizione di doveri sulla condotta altrui. Un interesse è considerato nella forma di diritto – ovvero una ragione per l'imposizione di un dovere – se è di natura fondamentale, ovvero se è giustificato da un fatto espressivo di uno degli aspetti essenziali della persona, come, ad esempio, la salute, la sicurezza ecc...(Raz, 1986, 192). L'individuazione delle circostanze idonee a determinare quali interessi meritano di essere qualificati come fondamentali presume la possibilità di svolgere un'indagine di carattere empirico relativa alle forme di manifestazione dell'essere umano dotate di valore (Bay 1968; Finnis 1996; Gewirth 1982; Green 1981). Si tratta di una teoria che definisce il diritto soggettivo principalmente come una pretesa, animata da una concezione teleologica, che ne identifica la natura con il suo fine e i suoi mezzi di godimento (Viola 2003, 87).

La struttura logica del meccanismo con cui la teoria dell'interesse ascrive diritti è la seguente (MacCormick, 1976, 310): “La giustificazione intelligibile del riconoscimento o dell'attribuzione di un diritto al trattamento T agli individui appartenenti ad una classe C richiede che si faccia appello a un bisogno, un interesse, un desiderio dei membri di C in generale al loro benessere, o a ciò che si ritiene costituisca un bene per loro, che si assuma che T è tale da soddisfare, proteggere o promuovere il bisogno, l'interesse ecc... in questione, e infine che si giudichi il soddisfacimento, la protezione ecc... di questo bisogno, interesse ecc... d'importanza tale da rendere sbagliato che T sia negato o sottratto ai membri di C, quali che siano i vantaggi che

²⁵ Per questioni relative all'ambiguità che circonda la precisa connotazione del termine interesse, i concetti di beni, bisogni, ecc... saranno usati in modo intercambiabile con quello d'interesse.

potrebbero derivarne”. Alla luce della teoria dell’interesse il diritto soggettivo acquista un valore fondamentale la cui privazione costituirebbe un’ingiustizia, anche se fosse motivata da ragioni prudenziali d’interesse generale (Dworkin 1982).

La giustificazione di un diritto si basa necessariamente sull’individuazione di meccanismi, condizioni e procedimenti di bilanciamento di interessi confliggenti, diretti a proteggere il valore incorporato mediante l’imposizione di doveri.

La teoria dell’interesse riesce ad ovviare ad alcuni difetti della teoria della scelta. Kramer (1998) ha individuato i punti di forza della teoria dell’interesse nella capacità di ascrivere diritti senza difficoltà alle categorie di soggetti incapaci quali bambini, disabili mentali, e persino animali.

Inoltre, la teoria dell’interesse non incontra ostacoli se la legislazione penale conferisce diritti agli individui sulla base di leggi penali che impongono doveri. Infine, un autentico diritto non deve essere necessariamente valutato e realizzato dal titolare, potendo essere realizzato da altri. “I diritti devono proteggere o salvaguardare aspetti centrali del benessere degli individui, a prescindere dal fatto che questo comporti o no una difesa della loro libertà”(Kramer 1998, 61).

Tuttavia neanche queste tesi sono esenti da critiche. In primo luogo non riescono a far fronte al problema posto da situazioni di beneficio senza diritto. Vi sono, cioè, delle situazioni in cui i beneficiari di una relazione giuridica possano essere dei terzi privi del diritto correlativo (Steiner 1994, 62). Il caso paradigmatico per eccellenza è rappresentato dalla promessa a favore di un terzo, consistente in una pattuizione in virtù della quale l’effetto acquisitivo si produce in via diretta ed immediata nel patrimonio di un terzo, che rimane estraneo alla conclusione dell’accordo, non assumendone il ruolo di parte, né in senso sostanziale, né formale. In tali casi la teoria della scelta, ponendo l’accento su colui che controlla il dovere correlato, sarebbe maggiormente idonea allo scopo di spiegarne le caratteristiche (Jones 1994, 34-35).

I diritti non si riuscirebbero a distinguere nettamente neanche dagli interessi che incorporano, perdendo la forza perentoria e il carattere di priorità speciale che dovrebbe porli come elementi fondamentali di una

teoria giuridica e morale sui diritti (De Mori 2000, 98). Si confonderebbe il piano della giustificazione dell'esistenza dei diritti con il piano della giustificazione dell'esercizio dei diritti. Per altro verso non sarebbe pensabile una dimensione pre-istituzionale del diritto, poiché se il diritto consiste nell'interesse protetto da una norma, e la norma è un prodotto convenzionale e istituzionale, allora il diritto soggettivo è dipendente dall'atto di volontà normativo diretto al suo riconoscimento.

4.3.3. Casi particolari della teoria dell'interesse: la teoria delle capacità

Una versione particolare della teoria dei diritti come interessi umani è rappresentata dalla teoria delle capacità, illustrata principalmente da Nussbaum (1997, 2002) e Sen (1985; 1993; 2004). Il concetto di capacità viene utilizzato per spiegare il significato dei diritti e delle loro funzioni, nonché come lente da cui osservare i tratti tipici della natura umana. Innanzitutto, il concetto di capacità presuppone quello di "funzionamento", in quanto "la concezione delle capacità fondamentali è basata su un'idea intuitivamente forte del funzionamento autenticamente umano" (Nussbaum 2001, 21). I funzionamenti sono raggruppabili in due categorie: da un lato vi sono elementi riguardanti l'essere umano per ciò che egli è, dall'altro, elementi concernenti l'essere umano per quello che è in grado di fare (entrambi espressione di valori). Le capacità sono delle opportunità effettive che hanno gli individui di scegliere una combinazione di stati di essere e azioni degne di valore per determinare la propria concezione di vita buona (per "funzionare" effettivamente). La teoria delle capacità opera sulla base della seguente logica: "per essere una persona, e per funzionare pienamente come tale, y ha bisogno di x" (Greblo 2013, 566).

Le capacità possono essere interne, guardando gli stadi interiori della persona, alle sue dotazioni, oppure esterne, nella forma di assenza di ostacoli al libero estrinsecarsi dell'azione. La capacità di acquistare indifferentemente una delle due forme di capacità è chiamata capacità fondamentale. Inoltre, vi sono anche capacità

combinare, ovvero capacità interne combinate con quelle esterne che ne consentono l'effettività. In termini esemplificativi del concetto di capacità, si potrebbe sostenere che ad un livello essenziale siano incluse attività quali nutrirsi e muoversi, o stati di essere come essere nutriti o godere di buona salute, mentre ad un livello di complicazione ulteriore rientrerebbe la capacità di partecipare alla vita pubblica della comunità (Greblo 2013, 579).

Il richiamo alla libertà da un lato e ai fini dall'altro, non consente un'automatica identificazione della capacità con l'uno o l'altro concetto.

Difatti, le capacità si riferiscono alla combinazione alternativa di funzionamenti sui quali la persona esercita un'effettiva libertà di scelta, piuttosto che identificarsi con essi (Sen 2004).

Il concetto di capacità è un'elaborazione teorica polifunzionale, assumendo la valenza di criterio analitico di distribuzione dei diritti, oppure di criterio per individuare i fini dell'essere umano, o infine come criterio esplicativo delle ragioni che determinano la validità di un diritto (Nussbaum 1997).

Ai fini di una ricostruzione in termini naturalistici della dottrina e della pratica dei diritti umani, la teoria di Nussbaum si avvale di un'epistemologia realista, cognitivista e oggettivista. Contrariamente ai presupposti teorici della concezione di Sen, basata sull'insuperabilità dei conflitti etici e la non oggettività dei valori, e limitandosi a indicare astrattamente l'idea di capacità senza determinarne i confini²⁶, Nussbaum adotta un punto di vista d'ispirazione naturalista, fornendo innanzitutto una lista di capacità espressive di caratteri fondamentali dell'essere umano. La sua proposta ammette la possibilità di fornire risposte corrette al disaccordo morale, mediante la discussione razionale, contemplando la possibilità di isolare alcune esperienze fondamentali della natura umana (Nussbaum 1996). Il lavoro intellettuale consisterebbe nell'individuazione e isolamento di alcune sfere esistenziali che accomunano gli esseri umani – si tratta di “forme di orizzonti di bene a cui ogni essere umano dovrebbe aver accesso” (Viola 2006a, 173) – e analizzare il significato dell'azione umana al loro interno, chiedendosi quando si è in presenza di un'azione corretta

²⁶ Sen, a differenza di Nussbaum, non fornisce una lista delle capacità fondamentali proprio perché ammette l'impossibilità fisiologica di elidere il disaccordo morale.

(Magni 2007, 197). Per Nussbaum (1996, 175) è possibile fornire delle definizioni “spesse” che, contrariamente a quelle “sottili”, sono in grado di individuare senza residui l’azione corretta all’interno di ciascuna sfera.

Sulla base di tale approccio, Nussbaum fornisce una lista di capacità – inquadrabili sotto forma di libertà che concorrono a definire il benessere individuale – che identificano i diritti umani, dalla stessa qualificati come pretese speciali e urgenti, moralmente giustificate, possedute da ciascun essere umano in virtù della sua umanità (adulta), indipendenti da ogni considerazione di natura convenzionale.

La concezione morale presentata da Nussbaum è modellata sulla base della dottrina aristotelica di vita buona contenuta nell’*Etica Nicomachea* (Nussbaum 1995; 2003): vi sono delle caratteristiche naturali dell’essere umano che, secondo una concezione teleologica, sono costitutive della sua stessa natura, ed esprimono le funzioni di una vita umana degna di essere vissuta²⁷.

Nella teoria delle capacità di Nussbaum la ragione ha un’importanza fondamentale, considerato il ruolo dalla stessa giocato “non solo nello scegliere i mezzi per i fini ma anche nel deliberare riguardo ai fini stessi di una vita umana, a quali includere con quali altri e a quale specificazione di un dato fine sia quella migliore” (Nussbaum 1999, 180).

Sebbene Nussbaum ritenga rilevante la funzione della ragione nel discorso morale, tuttavia, questi rifiuta di relegare la propria posizione all’interno di un realismo metafisico che rischia di separare la realtà dei diritti dalla loro idea (Nussbaum 1992, 206). Invero, la teoria delle capacità ricerca il confronto con la realtà storica interna alle singole culture, per estrarre da queste i valori universali (Nussbaum 1992, 208). La prospettiva adottata è quella di un realismo morale di tradizione aristotelica, corretto da una forma di essenzialismo interno (Putnam 1985)²⁸ e imperniata sul proceduralismo rawlsiano

²⁷ Si tratterebbe di una sorta di naturalismo normativo (Foot, 2007, 47) che deduce valutazioni morali dalle funzioni naturali

²⁸ Putnam adotta la teoria del realismo morale interno, secondo cui la domanda sul senso, sulla natura e sulle caratteristiche degli oggetti di cui si compone il mondo deve essere posta da una prospettiva interna ad un’esperienza. La verità non è

dell'equilibrio riflessivo (Rawls 1991, 56)²⁹: “la concezione della giustificazione politica che preferisco è vicina alla concezione rawlsiana dell'argomento che procede verso un equilibrio riflessivo: presentiamo l'argomento in base ad una data concezione teorica, confrontandolo ai punti fissi delle nostre intuizioni morali; vediamo quindi come queste intuizioni verificano e sono verificate dalla concezione che assumiamo. Speriamo col tempo di raggiungere coerenza e adeguatezza nei nostri giudizi considerati nel loro insieme, modificando i nostri giudizi particolari quando ciò sembri richiesto da una concezione teorica che pare efficace in altri aspetti, ma modificando o rifiutando la concezione teorica quando questa non è riuscita ad adeguarsi alla più stabile delle nostre intuizioni morali” (Nussbaum 2001, 120).

4.3.4. Casi particolari della teoria dell'interesse: la teoria della personalità

A partire dall'idea di interessi fondamentali posta a base dei diritti umani, Griffin (2008) ha sviluppato la teoria della personalità. L'idea di fondo è costituita dall'esigenza, connaturata in ciascun essere umano, di dare forma ad un progetto di vita buona e di realizzarlo. Griffin compendia questa esigenza nell'espressione *human standing*, radicandone l'affermazione in epoca rinascimentale, sulla base degli scritti di Pico della Mirandola. In ragione di ciò i diritti umani sarebbero un mezzo diretto ad assicurare la protezione di tali esigenze che valgono a integrare ed esprimere l'essenza della natura umana, sintetizzata nel concetto di personalità.

Il concetto di personalità è strettamente connesso a quello di *normative agency*, vale a dire il possesso e l'esercizio, da parte di

una sorta di corrispondenza con uno stato ideale di cose, ma una corrispondenza tra credenze ed esperienze.

²⁹ Secondo la tesi dell'equilibrio riflessivo mutuata da Rawls, la migliore concezione della giustizia è la conseguenza della coincidenza tra concezione della giustizia e giudizio individuale. Questa coincidenza è un risultato cui si perviene a seguito di un processo di valutazione e revisione dei propri giudizi morali, oppure mantenendo inalterate le proprie credenze.

ciascun essere umano, di una speciale capacità morale che si compone di tre caratteristiche fondamentali: l'autonomia, che consiste nella capacità associata a ciascun essere umano di essere l'artefice del proprio destino; il sostentamento minimo, ovvero un insieme di requisiti materiali (come un livello sufficiente di istruzione, di capacità e di risorse funzionali all'esercizio della scelta autonoma); la libertà, nel senso materiale di assenza da costrizioni esterne. Per la teoria della personalità vale lo stesso criterio distributivo dei diritti utilizzato per la teoria degli interessi: si assumono dei fini considerati come rilevanti per l'essere umano, e da ciò si deduce la necessità di apprestare dei mezzi di realizzazione e garanzia nella forma di diritti. Al nucleo sostanziale della personalità, fonte di diritti, è associato un variegato catalogo di eventi e fattori che rappresentano gli aspetti fondamentali della vita umana, dotati di una valenza pre-istituzionale e universale, che riassume, non esaustivamente, le c.d. "*practicalities*". Il riferimento alle forme di manifestazione più significative della natura umana sta a segnalare l'importanza di mantenere un certo contatto con la dimensione della pratica sociale dei diritti. In questo senso, Griffin attribuisce alla propria teoria la valenza di una sorta di naturalismo espansivo, che si compone di un criterio di fondazione metanormativo dei diritti umani, capace di spiegare i diritti riconosciuti e accogliere quelli potenziali (purché conformi al vincolo sostanziale definito dalla personalità), e assistito da elementi fattuali che contribuiscono a concretizzare i parametri per stabilire quando un valore possa costituire una ragione per il riconoscimento di un diritto alla sua protezione. Sulla base di queste premesse, Griffin considera i diritti come delle pretese sulla condotta altrui dotate di una valenza sociale.

4.4. *Metaetica dei diritti*

Infine, una teoria dei diritti naturali deve trattare i diritti come istanze moralmente fondamentali. Ogni teoria dei diritti umani basata su un approccio naturalista assegna un set di diritti morali agli individui. La forma logica del meccanismo di attribuzione di diritti secondo una concezione giusnaturalista è la seguente: tutti e solo gli

individui che posseggono la proprietà P hanno il diritto D. In realtà si tratta di una forma attributiva logica dotata di una sua moralità intrinseca (Gewirth, 1982), che assume la valenza di un principio morale, un *rights-principle*. Ciò che identifica le teorie dei diritti naturali è il fatto che queste concezioni attribuiscono diritti a un livello più profondo della struttura morale individuale, oltre il quale non ne sono attribuiti degli ulteriori. Un principio fonda un altro principio solo se è in grado di fornirne una giustificazione. Nelle teorie morali un principio è fondamentale solo se non è fondato su di un altro principio. Una teoria tratta i suoi principi come moralmente fondamentali se tutti i suoi principi sono *rights-principles* (Sumner 1984). In questo senso, una teoria dei diritti è tale se e nella misura in cui i diritti sono le categorie morali fondamentali della teoria, cioè solo se la base della teoria consiste esclusivamente di *rights-principles*. Una teoria morale dei diritti può contenere tanto un unico principio, quanto una pluralità di principi, ma non può contenere differenti principi morali.

Quest'ultima condizione richiede che una teoria morale di diritti sia *right-based* (se fosse *duty-based* o *good-based* perciò, sarebbe altro da una teoria dei diritti morali fondamentali.). Una teoria *right-based* quindi, concepisce i diritti come istanze principali della moralità, cioè come diritti morali, ovvero diritti che non rappresentano il prodotto della legislazione della comunità o di una pratica sociale determinata, ma che afferiscono ad una dimensione che mantiene vigore anche di fronte ad una legislazione o una pratica che vi si oppongono e che stabilisce i confini al di là dei quali né gli individui né la comunità possono spingersi nel perseguimento dei propri interessi (Frey 1980). I diritti umani, in quanto diritti morali fondamentali, godono di una posizione particolare nei confronti delle convenzioni sociali e delle istituzioni politiche dato il loro carattere pre-istituzionale che permette di valutare e criticare le istituzioni positive. La collocazione dei diritti all'interno della dimensione della moralità consente di operare un discrimine tra i diritti morali, da un lato, e i diritti giuridici, dall'altro³⁰.

³⁰ Questa partizione è il portato di un modo di concepire il diritto non come un oggetto di analisi esclusivo e nettamente autonomo da altri ambiti di esperienza umana, bensì significativamente posto in rapporto di dipendenza con il contesto

La distinzione in esame (di derivazione anglosassone) è frutto dell'applicazione di un criterio sistematico: mentre i diritti morali sono quei diritti che presuppongono un sistema morale di riferimento entro cui collocarsi, i diritti giuridici, al contrario, presuppongono un sistema normativo positivo. Utilizzare il medesimo linguaggio, ovvero quello dei diritti, per riferirsi a due ambiti della normatività, implica una presa di posizione contro coloro che sostengono che i diritti morali non esistono, o che, quanto meno, ritengono che la traduzione in termini giuridici di termini morali generi fraintendimenti semantici. Bentham (1843), in relazione a tale assunto, sostiene che i diritti morali sono un non senso, in quanto non si può utilizzare un termine tipicamente giuridico per esprimere una realtà, come quella morale, differente dal diritto. Piuttosto, assunto che non esistono diritti morali o naturali, ma solo diritti riconosciuti mediante un atto positivo di volontà del titolare del potere politico, l'uso inappropriato dei diritti soggettivi in ambito morale rivelerebbe un'esigenza normativa diretta al riconoscimento di alcune istanze morali come diritti giuridici. I diritti sono il prodotto esclusivo della legge, non esistono prima di questa. Semmai, prima della legge vi possono essere delle ragioni per l'adozione di una legge che attribuisca diritti agli individui, che, di per sé, non costituisce un diritto (Bentham 1843; Lamont 1946; Raz 1995).

Le concezioni naturaliste dei diritti, invece, assumono la presenza pervasiva del discorso morale nel discorso giuridico, e ritengono rilevante e preliminare considerare i diritti, in primo luogo, fatti morali dotati di una forza morale superiore e integrativa dei diritti giuridici.

Viola (1997, 259-260), rimarcando il fatto che non bisogna osservare queste due categorie secondo rigidi parametri concettuali definitivi, sostiene che la differenza tra diritti morali e diritti giuridici risiede nel modo di considerare i diritti: i diritti morali sarebbero quei diritti che esprimono un aspetto del valore intrinseco individuale, un oggetto legato alla dimensione ontologica e morale della persona, mentre i diritti giuridici sarebbero quei diritti che guardano all'aspetto delle tutele sociali contro condotte lesive. In sostanza, mentre il diritto morale atterrebbe al foro interiore dell'individuo, il diritto giuridico

politico e con il contesto morale.

riguarderebbe l'aspetto esterno, ovvero il riconoscimento giuridico del diritto morale da parte di autorità ufficiali competenti (Viola, 2006a).

Questa separazione teorica è dovuta alla possibilità concettuale di concepire i diritti come termini assiologici, sfere di diretta derivazione dalla branca dell'etica normativa o critico-riflessiva (De Mori 2000, 29) che attribuisce ai diritti un ruolo direttivo cogente e un ruolo critico-valutativo nei confronti del comportamento umano. Diversi autori si richiamano ai diritti morali sottolineandone gli aspetti direttivi e valutativi. Tra questi Feinberg, (1992, 205) secondo cui il primato morale attribuito ai diritti all'interno delle teorie morali attribuisce a questi ultimi una certa priorità morale speciale in grado di determinare i doveri altrui, stabilendo, in tal modo, il contenuto del comportamento. Nelle teorie che enfatizzano l'aspetto morale dei diritti, questi sono concepiti come elementi appartenenti alla dinamica dell'argomentazione morale, che svolge la funzione precipua di giustificare azioni e restrizioni sulle azioni individuando parametri etici, piuttosto che limitarsi a una semplice descrizione degli stati di cose (Jones 1994,48)³¹.

5. Profili dei diritti umani secondo un'interpretazione naturalisticamente orientata.

Dalla disamina dei tratti specifici comuni alle varie teorie che prediligono un approccio naturalistico ai diritti umani, si delinea uno spazio concettuale che identifica il diritto umano a partire da una serie di caratteristiche specifiche (Beitz 2009, 52 e ss.).

³¹ Merita di essere riportato il peculiare punto di vista di Tasioulas (2010) sulla questione della centralità dei diritti all'interno di una teoria dei diritti umani. Secondo l'autore, gran parte delle concezioni ortodosse che si contendono la scena giustificativa dei diritti umani tendono ad attribuire ai diritti solo una funzione di secondo piano all'interno del discorso. Sulla scorta delle argomentazioni dell'autore, se la ragione che giustifica l'attribuzione dei diritti risiede nell'accesso a un determinato bene, o nella protezione di uno specifico interesse, ne consegue che la preminenza morale (seppur debole) viene accordata all'interesse che i meccanismi giuridici sono incaricati di soddisfare. In questo senso, tali concezioni sarebbero riduttive, ridondanti rispetto al linguaggio degli interessi, e retoriche (poiché ogni qual volta si è in presenza di un interesse umano universale allora vi è un diritto).

Innanzitutto, i diritti umani sono degli *standards* morali validi e vincolanti indipendentemente da convenzioni morali e dalle leggi positive della società, costituendo, peraltro, degli argomenti morali per criticarne la validità.

In secondo luogo, il fattore pre-istituzionale non riguarda solo la forza dei diritti umani, ma altresì, la possibilità cognitiva del loro contenuto. Ciò implica che il contenuto dei diritti umani è concepibile indipendentemente da qualsiasi riferimento a considerazioni legali sociali, politiche e morali stabilite.

Queste due posizioni assegnano ai diritti umani un ruolo importantissimo all'interno del discorso morale, collocandoli a un profondo livello delle credenze normative individuali, giustificandone la qualificazione in termini di guide vincolanti per la condotta umana.

In questo senso sono anche concepiti come diritti fondamentali, poiché sono forme di manifestazione assiologica di elementi indefettibilmente costitutivi di una definita struttura ontologica dell'essere umano.

In terzo luogo, i diritti umani, prescindendo dalle convenzioni umane, sono posseduti da ciascun individuo senza che le circostanze temporali o spaziali possano in qualche modo incidere sulla loro natura e sul loro fondamento.

Infine il titolo che legittima il possesso di un diritto umano risiede in alcune proprietà legate alla natura umana e presenti in modo costante.

Queste ultime due considerazioni attribuiscono ai diritti umani il carattere dell'universalità. I diritti umani sono espressione di istanze morali applicabili a tutti gli esseri umani, senza considerazione alcuna dei confini territoriali, della specificità delle relazioni sociali, ecc... costituiti da requisiti tipi quali (Viola 2006b):

a) l'indisponibilità, poiché sono talmente importanti da non poter essere lasciati alla mercè dei loro stessi titolari; *b)* perché è fatto divieto di disporne in favore di altri in quanto espressivi di valori inseparabili dalla persona umana; *c)* inviolabili, nel senso che pongono un limite sostanziale all'azione altrui, in particolare dei pubblici poteri; *d)* imprescrittibili, perché non si estinguono in caso di inerzia da parte del titolare del diritto stesso per effetto del decorso del tempo, né in caso di esercizio illegittimo o immorale; *e)* universali, poiché sono

posseduti da tutti gli esseri umani in virtù della loro comune natura.

Peraltro, è opportuno rilevare alcuni tratti che le concezioni ortodosse hanno in comune con le concezioni politiche (nonostante le evidenti discrasie emerse dalla disamina degli obiettivi e implicazioni teoriche presupposte).

Entrambe le concezioni analizzano i diritti umani a partire da un approccio di natura pre-istituzionale. In questo senso, l'esistenza dei diritti umani è indipendente da un atto convenzionale di riconoscimento, che non deve necessariamente concretizzarsi in atti di attribuzione di validità esclusivamente sul piano giuridico³².

L'enfatizzazione del carattere preesistente dei diritti alla dimensione socio-politica consente di escluderne i profili di positività: i diritti umani, secondo la concezione politica, e ovviamente secondo quella ortodossa, sono diritti non positivi (Tasioulas 2007). Il corollario di questa impostazione è rappresentato dalla possibilità di concepire i diritti umani come elementi del discorso morale, che si situa in una fase antecedente al discorso giuridico e politico. Tuttavia, il peso da attribuire al valore morale dei diritti umani muta sia da una concezione all'altra, sia all'interno della medesima concezione dei diritti umani. In secondo luogo, ciascuna concezione cerca di fornire ragioni per attribuire ai diritti umani uno status di speciale importanza. I diritti umani sono degli *standards* d'azione fondamentali, e la loro importanza specifica deve essere chiarita e delimitata al fine di stabilire una linea di separazione tra ciò che rientra tra i diritti umani, possedendo un profilo fondamentale, e ciò che invece dovrebbe restarne escluso³³.

³² Positivizzare un'istanza etica non necessariamente implica il ricorso al riconoscimento legale. Viola (1989,73), analizzando il rapporto tra diritti umani e positivizzazione del diritto, distingue tra una positivizzazione del diritto esclusivamente legata all'atto legislativo dello stato, e una positivizzazione intesa come concretizzazione storico-culturale di principi morali. Sumner (1987,119) contrappone ciò che è convenzionale e attiene al prodotto di una dimensione sociale (atti di riconoscimento reciproco, cooperazione, mutuo soccorso ecc...) alla dimensione legale definita dalla presenza di elementi vincolanti di carattere istituzionale.

³³ Questo è il problema posto dalla retorica dei diritti. La proliferazione dei diritti umani spesso è accompagnata dal dubbio sulla coerenza e consistenza delle esigenze rivendicate con il ricorso a metodi giuridici di protezione, considerando che le norme attributive di diritti umani sono schemi di qualificazione giuridica di atti o fatti sociali (Viola-Zaccaria 2003, 16).

In terzo luogo, una giustificazione teorica dei diritti umani dovrebbe essere tale da asserirne la loro universalità, contrapponendosi alle accuse di campanilismo³⁴.

In quarto luogo – il più significativo ai fini del presente lavoro – ciascuna concezione considerata avanza una pretesa di fedeltà, ovvero una pretesa diretta a tracciare una proposta giustificativa che meglio aderisca alla tradizione dei diritti umani. Proprio quest'ultimo punto rappresenta la questione concettuale di fondo che genera un lavoro volto a comprendere la relazione tra i diritti umani e i diritti naturali.

La risposta alla domanda “se i diritti umani sono fedeli alla tradizione dei diritti naturali”, contribuirà a confermare l'omologia tra diritti naturali e diritti umani, oppure mostrare quali sono i fattori che impediscono una traduzione dei diritti umani nei diritti naturali, facendo emergere i punti cruciali di conflittualità tra categorie concettuali.

Perciò, il seguito della tesi sarà sviluppato lungo le linee della ricostruzione concettuale del termine di confronto dei diritti umani, mediante richiami del patrimonio storico-teorico dei diritti naturali evocati dal persistere di concezioni contemporanee dei diritti che vedono nei diritti umani la prosecuzione dei diritti naturali.

³⁴ Sulla base della ricostruzione offerta da Buchanan (2009) secondo la critica campanilista “*quelli che vengono chiamati diritti umani non sono realmente universali nel senso di essere diritti di ciascun individuo, bensì semplicemente riflettono (a) un insieme arbitrariamente ristretto di valori morali o (b) una classificazione arbitraria di certi valori morali*”.

Capitolo II

La recezione dei diritti naturali nel dibattito sui diritti umani

Sezione I

L'idea dei diritti naturali

La traduzione dei diritti umani nel paradigma dei diritti naturali sul presupposto dell'esistenza di un patrimonio comune agli esseri umani in virtù della propria natura, conduce all'enfatizzazione di una costante vigenza d'idee giusnaturaliste, che attribuiscono ai diritti umani la valenza di riproposizioni in chiave contemporanea d'idee connaturate all'uomo e presenti sin dall'alba della storia del pensiero.

Il complesso e variegato impianto ideologico sotteso ai diritti umani, espressivo di una moralità antecedente e superiore all'artificio umano, corroborata dall'impostazione delle relazioni di giustizia sulla base del rispetto di una natura umana segnata dai tratti della libertà e dell'eguaglianza, non è sonosciuto in epoca antica.

Anzi, nella dicotomia tra ciò che è giusto secondo la legge e ciò che è giusto secondo la natura, non poche sono le affinità col pensiero politico greco. La dicotomia tra *nomos* (leggi positive/convezioni) e *physis* (natura) segna gli albori del diritto naturale, e ne costituisce una sua caratteristica identificativa strutturale, unitamente alla funzione di critica e misura dell'autorità politica (Strauss 1990, 93-94; 102). Del resto, tale contrapposizione era già stata messa in luce nelle opere teatrali di Sofocle (496-406 a.C.), seppur concepita all'interno di premesse concettuali radicalmente differenti, sia nell'Edipo Re, ma soprattutto nell'Antigone. In quest'ultima vi è un esplicito appello della protagonista – Antigone – alle leggi non scritte, immutabili, eterne e

inviolabili che albergano nell'animo umano, contro l'ingiustizia delle decisioni del potere politico, che legittimano e giustificano il rifiuto all'obbedienza dei comandi del sovrano, anche a costo di sacrificarsi per i propri ideali³⁵. Aristotele, nella sua *Etica Nicomachea*, affronta il tema della scomposizione della giustizia tra una dimensione metafisica e una dimensione umana³⁶.

Tuttavia, sebbene la società greca sia stata intrisa di un ideale di democrazia attuato nelle forme peculiari del tempo applicandolo al governo della società, oggi interpretato come condizione di possibilità dei diritti umani (financo loro derivato), in realtà, i presupposti teorici alla base del governo democratico greco presentavano una realtà contrastante con quella che appartiene, o si ritiene appartenga, ai diritti umani.

La società greca era modellata su base gerarchica, imperniata sull'idea della suddivisione e classificazione naturale degli esseri basata sulle loro capacità e doti. Ne derivava un'immagine patriarcale dell'ordine sociale, in cui il primato sociale era attribuito al sesso maschile, emarginando donne e incapaci ai confini della *polis*. Solo alcune categorie d'individui godevano delle prerogative dell'*isonomia* – vale a dire l'eguaglianza davanti alla legge – e dell'*isegoria* – cioè l'esercizio del potere di governo sui consociati – ed era ammessa la schiavitù (Giliberti 2012, 39).

Nonostante le evidenti discrasie e conflittualità tra pensiero greco e istanze rivendicate dai diritti umani è parimenti possibile rintracciare le matrici ideali dei diritti umani nel pensiero greco, all'interno della

³⁵ La vicenda narra del comportamento di Antigone che contravviene al comando del re di Tebe, Creonte, contenente il divieto di dare sepoltura ai nemici della città, seppellendo, di nascosto, il corpo del fratello Polinice, caduto in battaglia da avversario di Tebe. L'eroina giustifica la propria condotta appellandosi alle leggi non scritte ed eterne degli dei, che gli uomini non possono violare, e che prescrivono di dar sepoltura ai defunti; (Sofocle, *Antigone*, 450-457): “Sì, perché certo non è stato Zeus ad emanare questo editto, e la Giustizia, che dimora con gli dei sotterranei, non ha mai stabilito per gli uomini leggi simili. Ed io non ritenevo che i tuoi bandi avessero tanta forza che un mortale potesse soverchiare le leggi non scritte ed incrollabili degli Dei. Perché queste non vivono oggi o ieri, ma in eterno, e nessuno conosce il momento in cui ebbero origine”.

³⁶ Ci si è spinti persino a sostenere che una teoria dei diritti naturali è presente non solo nelle opere di Aristotele (Miller 1995), ma addirittura nelle società primitive poichè necessariamente connessa all'essere umano (Gewirth 1978, 100-101).

corrente sofista, che avvalendosi dei medesimi argomenti di stampo giusnaturalista, approderà a risultati differenti, incentrati sul primato dell'individuo.

“Il ritorno alle origini” dei diritti dell'uomo non contempla solo la riesumazione del pensiero greco, ma riprende l'efficacia delle argomentazioni stoiche nella prospettiva di una valorizzazione morale dell'individuo, integrando una prospettiva individualista con spunti cosmopoliti ed egalitari, all'interno di un quadro oggettivo.

1. Il recupero del pensiero sofista: illuminismo greco

Se i diritti umani fossero pensabili secondo il paradigma dei diritti naturali, frutto dell'illuminismo settecentesco, allora, un'indagine che abbia quale scopo quello di comprenderne lo statuto epistemologico e morale, nonché le idee antropologiche, etiche e politiche di sfondo, non può prescindere dall'analisi del pensiero antico. Con particolare riguardo al pensiero greco, autori contemporanei individuano nel pensiero sofista (V secolo a.C.) i presupposti per lo sviluppo dell'idea di diritti naturali, cui seguirà quella dei diritti umani.

La corrispondenza tra pensiero sofista e diritti naturali/umani è suffragata dal metodo razionalista impiegato dai sofisti nella rivendicazione delle loro idee, nonché dallo scenario politico in cui si formarono.

Occorre tuttavia puntualizzare che il riscontro d'idee legate ai diritti naturali nella sofistica non ha ad oggetto l'intera area della corrente di pensiero considerata, ma una sua articolazione, peraltro minoritaria, definita come razional-utopistica, per via delle rivendicazioni astratte e in netta controtendenza con i fatti sociali.

Mediante l'uso dell'intelletto, i sofisti si proponevano il fine di criticare le certezze consolidate nei diversi ambiti dell'esperienza umana. Nelle ricognizioni di autori contemporanei che si proposero di tracciare i profili evolutivi e critici di una storia della filosofia del diritto (Bloch 2005, 7; Fassò 2001, 25), o di una filosofia della storia del diritto naturale volta ad rimarcare l'intramontabilità della legge naturale (Rommen 1965, 7), le idee espresse dai sofisti valsero ad

attribuir loro l'epiteto di "Illuministi greci", in quanto tentavano di scomporre, in modo razionale, le categorie socio-politiche vigenti, con l'obiettivo di svincolare l'uomo dal pregiudizio che ne imprigionava la mente, contrastando persino le conoscenze sostenute dall'autorità della tradizione.

Fu la democrazia con le sue istituzioni e i suoi meccanismi di formazione della volontà politica ad attribuire notevole rilevanza all'attività del sofista, costituendone l'ambiente privilegiato d'azione e di sviluppo³⁷.

Non a caso il contesto istituzionale democratico costituisce l'habitat naturale in cui possono affermarsi e svilupparsi ed essere garantiti i diritti.

L'aspetto più significativo della sofistica, da cui si evince un contributo fondamentale allo sviluppo delle teorie giusnaturaliste sui diritti naturali di epoca moderna, fu quello di aver impostato il centro della ricerca filosofica, non più sul mondo fisico, ma sull'uomo.

D'altronde, il sistema democratico nascente aveva introdotto un nuovo modo d'intendere la relazione socio-politica: il cittadino non era più il soggetto passivo del rapporto politico, caratterizzato dalla sottomissione al potere sovrano, ma diventò uno degli attori, se non il protagonista principale, nei processi di determinazione della vita della comunità politica.

Questo rinnovamento fu assecondato da un atteggiamento razionalista, volto a sollevare una critica dell'ordine costituito sino ad allora. I sofisti criticavano le istituzioni giuridico-politiche e le concezioni metafisiche in nome della ragione.

In tale scenario culturale, segnato peraltro dalla scissione tra religione e cultura, in cui si manifestarono rinnovamenti di coscienza (Untersteiner 1967, 235, II) nei campi dell'esperienza umana, è

³⁷ I sofisti, con la pratica della retorica, ovvero la persuasione mediante la parola, erano adatti alle esigenze poste dal nascente ordine democratico, considerato che "vivere attivamente in democrazia significa partecipare ad assemblee, prendervi la parola, far valere con efficace discorso la propria opinione frammezzo alle altre opinioni; e perciò saper pesare le varie accezioni e sfumature dei vocaboli, avere nell'orecchio le più felici espressioni dei poeti, riuscire a disporre i periodi in un ordine che incateni l'attenzione, accenda le fantasie e susciti i consensi: significa, insomma, possedere quel complesso di cognizioni grammaticali, lessicali, sintattiche, stilistiche, letterarie, che costituisce l'arte dell'eloquenza"(Geymonat 1970, 26).

possibile comprendere e giustificare le idee sofiste (Berljak, 1978, 36), ma soprattutto trovare la genesi della tradizione antropocentrica su cui poggiano le basi della cultura giuridica europea (Pisanò 2011, 62-63; Spadaro 2001, 629, 2), di cui la categoria dei diritti costituisce l'espressione principale.

Il parallelismo tra il pensiero sofista e il giusnaturalismo di matrice illuminista consiste, a ben vedere, nella costante individuazione d'idee familiari alle teorie dei diritti naturali riecheggiando la serrata critica rousseauiana della società, e sintetizzabili 1) nell'idea di eguaglianza tra gli esseri umani, 2) nella dicotomia tra legge naturale e legge positiva, 3) nell'idea di un accordo sociale originario (Fassò 2001, 23-36), che permetteranno ai sofisti di giungere "all'idea dei diritti dell'uomo e al concetto di umanità" (Rommen 1965, 7-8).

2. Cosmopolitismo sofista

Innanzitutto, un primo punto di contatto tra il sofismo e la dottrina dei diritti naturali è rappresentato dalla rivendicazione d'idee di libertà ed eguaglianza riferibili ai membri della specie umana e la proposta d'instaurare una sorta di cittadinanza universale che trascenda la singole realtà particolari.

Comune assunto alle varie tesi sofiste è l'applicazione del metodo razionale nella ricerca della conoscenza, che, rovesciando completamente l'impostazione precedente, deve essere orientata verso interessi umani.

Nonostante le aspre critiche mosse alla corrente sofistica, tuttavia, ad essa va riconosciuto il merito di aver posto al centro dell'indagine filosofica l'essere umano. L'uomo, secondo Protagora (D-K 1934/1938, 80 B 1), è misura di tutte le cose. Quest'affermazione annuncia una svolta nel modo di concepire l'indagine riguardante i più svariati ambiti dell'esperienza umana, attuando una transizione da una visione "cosmologica" della filosofia greca ad un'antropologia che sposta l'accento dalla natura intesa come onnicomprensiva di tutte le cose (incluso l'uomo), alla natura umana del singolo individuo. "L'uomo cessa di considerarsi come un piccolo anello dell'immensa trama del

cosmo, sospinto ad ogni suo passo da una immanente necessità, e si pone ardentemente al centro dell'universo, conscio della propria libertà creatrice e della forza oggettivante della sua ragione" (Opocher 2000, 27).

La natura razionale dell'essere umano è idonea a dissipare i vincoli politici nel quadro del riconoscimento universale dell'altro in virtù del possesso di una comune identità, esprimendo le originarie idee di libertà ed eguaglianza.

Sulla base di quest'antropologia, i sofisti possono essere considerati come i fautori di un'embrionale idea dei diritti dell'uomo e di quella comunità universale che si estenderà al di fuori dei confini della Polis. Infatti, sebbene tra di essi non vigesse una visione unitaria del concetto di natura umana, tuttavia, un filone d'indagine rilevante considerava questa, nelle sue manifestazioni essenzialmente biologiche, come ciò che accomuna tutti gli uomini. Di tal tenore Ippia (Platone, *Protagora*, 337), il quale individua nella comune natura il fondamento ontologico universale dell'intera umanità, trascendente le distinzioni di status, introdotte con l'istituzione della comunità politica. L'uomo, non soltanto trascende la comunità politica, ma ne costituisce il presupposto. Quest'opzione verso una comune fratellanza, che si esplica indipendentemente dal possesso di requisiti artificiali, conduce il sofista a considerare gli uomini uguali per natura e non per convenzione: "il simile è per natura parente del simile". Concetto peraltro ripreso da Antifonte (D-K 1934/38, 87 B44) che, nell'analisi delle irrazionali diseguaglianze sociali, àncora il legame comune tra gli esseri umani nel possesso d'identici requisiti biologici, considerato che "quelli che nacquero da illustri padri, noi li rispettiamo e onoriamo, mentre coloro che provengono da una casa non illustre, né li rispettiamo, né li onoriamo! In ciò ci comportiamo come barbari gli uni verso gli altri. Infatti, per natura, del pari tutti possediamo in tutto un'origine analoga e barbari ed Elleni: infatti, è opportuno osservare le soddisfazioni naturali che sono necessarie a tutti gli uomini: tutti hanno la possibilità di procurarsele nel medesimo modo e in tutto questo nessuno di noi è distinto come barbaro, né come elleno: infatti, tutti noi tragghiamo il respiro nell'aria con la bocca e le narici e mangiamo con le mani tutti".

Tuttavia, mentre Antifonte esalta l'aspetto della medesima identità dei bisogni fisici fra uomini appartenenti a diverse estrazioni sociali, e a diverse aree geo-politiche, Ippia, invece, pone l'accento sui rapporti affettivi che legano gli esseri umani, propugnando, in tal modo, una dottrina che, lungi da considerare esclusivamente l'aspetto materialista ed egoistico della natura umana – così come ripreso da Antifonte –, si basa sulla simpatia verso i simili, permettendogli di riconoscere nei membri appartenenti comunità sociali diverse dalla propria persino amici e parenti (Bill 1928, 61-62).

L'uguaglianza pre-sociale in cui versa la natura umana mette in crisi il fondamento morale e giuridico di qualsiasi trattamento che alteri, senza giustificazione valida, l'equilibrio naturale. Viene in tal modo attaccata alle fondamenta la distinzione tra greci e barbari, e con essa la costruzione di gerarchie tra membri della specie umana a partire dalle quale venne giustificata l'istituzione della schiavitù. Come sottolineato da Alcide Damante (Rommen 1965, 7-8) “la divinità ha creato tutti gli uomini liberi. Nessuno è stato fatto schiavo dalla natura”.

La critica nei confronti dell'istituto socio-economico della schiavitù, che a propria volta era stato giustificato su un modo di interpretare la natura, pone le premesse per affiancare, accanto all'idea di eguaglianza rivendicata a più riprese nei passi esaminati, l'idea di libertà. La natura dell'uomo è contrassegnata da due attributi fondamentali: l'uguaglianza e la libertà.

Piuttosto, la libertà è la premessa a partire dalla quale sviluppare idee di uguaglianza. Infatti, la comune condizione di libertà naturale propria di ciascun uomo esclude la possibilità di rapporti gerarchici, di conseguenza, poiché nessuno è per natura superiore ad un altro, per natura tutti gli uomini sono uguali tra loro.

La natura umana, intesa quale complesso di caratteristiche biologiche, espressiva di qualità traducibili in vincoli morali dell'altrui condotta, quali la libertà e l'eguaglianza, è il criterio di giustificazione, nonché misura, della validità, della correttezza e della giustizia dell'agire umano.

Ne risulta, pertanto, un'immagine dell'uomo fondata esclusivamente su presupposti che attengono alla sua natura sensibile.

3. Il valore della physis e la superiorità del diritto naturale nei confronti del diritto positivo

In secondo luogo, nella sofistica è presente la dicotomia tra *nomos* e *physis*. La dottrina dei diritti naturali è imperniata sulla critica delle leggi positive vigenti. Il contrasto all'esercizio del potere costituito si fonda su criteri metafisici legati ad un certo modo di concepire l'essere umano e le proprietà di cui è dotato.

Analogamente alle istanze giusnaturaliste, i sofisti si batterono contro le convenzioni sociali, sostenendo che le leggi in vigore, piuttosto che rappresentare strumenti per coltivare le virtù umane, erano delle costruzioni artificiali dirette a favorire specifici interessi. La legge è una costruzione artificiale che costringe l'uomo in vincoli che opprimono la sua natura.

Occorre tuttavia anticipare una considerazione di carattere preliminare: sia le dottrine moderne dei diritti naturali che il pensiero sofista sostengono la prevalenza di categorie metanormative ideali, derivate, mediante l'uso della ragione, dall'osservazione della natura umana, sulle convenzioni umane. Tuttavia, mentre nel primo caso quest'opzione si tradusse nell'elaborazione ipotetica di una dimensione normativa soggettiva, nel secondo caso, invece, si fa esclusivo riferimento ad un superiore ordine morale di tipo oggettivo.

Se agli esponenti del diritto naturale "conservatore" (Eraclito, Platone, Aristotele) la distinzione tra legge naturale e legge positiva serve a giustificare e migliorare il diritto positivo vigente, i sofisti contrappongono una concezione del diritto naturale che esalta il valore della giustizia a scapito del diritto positivo nei cui confronti opera come criterio di valutazione e parametro di validità.

In effetti il discorso sul diritto investe ed è assorbito nel discorso sulla giustizia. Proprio con riferimento alle dottrine dei sofisti, nell'ambito dei discorsi concernenti la giustizia si introdusse la distinzione tra un giusto secondo natura e un giusto secondo la legge. Per i sofisti, le leggi non rappresentano un valore sacro nella vita politica, seppur suffragate dalla tradizione e dalle pratiche precedenti; piuttosto sono delle costruzioni artificiali che servono gli interessi

individuali e ostacolano il libero esplicarsi della natura umana.

Ippia (D-K 1934/38, 86 C 1), sulla base della libera ed eguale natura degli uomini, sostiene il superamento della legge positiva da una legge universale che riconosca l'unitario legame di similitudine e speciale parentela che lega gli esseri umani di tutte le città e le nazioni, impedendo il perpetrarsi della violenza esercitata dalla legge (positiva) "tiranna" sulla natura umana. La legge di natura, così concepita, assurgeva a realtà normativa obiettiva e moralmente superiore al diritto positivo (Bill 1882, 29-30), il quale smarriva la propria forza obbligatoria nel conflitto, contingente, delle opinioni.

A quest'eco si aggiunge Antifonte (D-K 1934/38, 87 B 44) il quale, rafforzando la contrapposizione tra legge e natura asserisce che "la maggior parte delle determinazioni giuste secondo la legge sono state emanate in ostilità alla natura". Nel frammento viene puntualizzata la distinzione tra leggi positive e leggi naturali. Le prime forniscono delle ragioni per agire e dei criteri ufficiali di valutazione dell'altrui condotta, nel senso che la trasgressione o il rispetto delle regole è verificabile dai consociati. Esse sono, peraltro, variabili nel tempo e nello spazio, e perciò contingenti e relative. L'ancoraggio all'osservazione sociale, tuttavia, implica che il trasgressore non sarà responsabile e andrà esente da pena allorché riuscirà ad occultare la propria condotta a coloro che hanno prodotto le leggi; le seconde, invece, vincolano l'individuo nella propria coscienza, sono iscritte nella sua intima sfera personale, e sono dettate dalla necessità. Ciò significa che la violazione di una legge innata nell'essere umano non può essere celata o misconosciuta a se stessi, poiché colui che agisce in tal modo "reca danno a se stesso non secondo l'opinione ma secondo la verità" (D-K 1934/38, 60 A 2)³⁸.

La natura è la sede della verità e della necessità, al contrario della legge positiva che è debole opinione e occasionalità. Solo ciò che è naturalmente giusto e naturalmente morale è, conseguentemente,

³⁸ Antifonte adduce, quale ulteriore argomento a sostegno della contraddizione etica della legge positiva, unitamente all'insufficienza di prevenire la condotta illecita, la neutralità morale della legge che, nel periodo di tempo che intercorre tra l'istituzione del giudizio e l'erogazione della pena, considera equivalente, tanto l'opinione dell'accusatore quanto quella dell'accusato, equiparando, in modo riprovevole, il bene con il male (D-K 1934/38, 87 B 44).

giusto e morale. Ne discende che, nell'ipotesi di conflitto tra *nomos* e *physis*, sorge il dovere di seguire la natura, trasgredendo la legge degli uomini. Questi sofisti non negano la forma del diritto naturale e della morale naturale, ma sostengono, a differenza dei filosofi di stampo conservatore, che esiste una contraddizione tra l'ordine che regna nella *Polis* e il diritto naturale.

Un'ulteriore implicazione che discende dalla distinzione in esame consiste nella considerazione della norma positiva, frutto dell'opinione, quale norma esteriore, funzionalmente destinata a rafforzare il vincolo generato dalla norma innata della legge naturale, presente nella coscienza individuale ed espressione della sua natura razionale.

Il rapporto *nomos/physis* è inteso dai sofisti principalmente come occasione per denunciare l'uso corretto del potere politico, e come monito per evitare di provocare un'alterazione dannosa nell'ordine naturale.

4. L'artificialità della comunità politica: la categoria ideale del contratto sociale

Nella sofistica è altresì possibile rintracciare quella dottrina che avrà un'eco rilevante nell'epoca moderna, vale a dire il contrattualismo, secondo cui lo stato/*Polis* è una realtà accidentale, prodotta da una decisione umana, frutto di un libero accordo tra individui. Si riscontra una primordiale elaborazione della dottrina dello stato di natura, inteso come condizione primigenia della natura umana in cui vige solo il diritto naturale, da cui sorge la comunità civile mediante l'ausilio di una convenzione sociale volta a sopperirne le imperfezioni. Il contenuto di questa transizione e i suoi risultati dipendono dal mondo d'intendere lo stato di natura.

Nel caso in cui questo fosse inteso in senso ottimistico – connotato dall'armonia e dalle socialità tra gli esseri – il diritto naturale resterebbe integro nella transizione dallo stato di natura alla società civile; differentemente, nel caso in cui questo venisse inteso in senso pessimistico – connotato da un'umanità preda del timore degli altri

esseri, mossa esclusivamente dall'istinto di sopravvivenza e prevaricazione reciproca – il diritto naturale si fonderebbe – e confonderebbe – nella volontà dello stato.

La dicotomia tra stato di natura e società civile poteva essere interpretata sia alla luce di una prospettiva teocentrica, riferendo i diversi aspetti della transizione ad una volontà divina, sia in chiave razionalista, sulla scorta di una spiegazione antropocentrica dei meccanismi del mondo.

Il contrattualismo si adattava alla mentalità razionalistica dei Sofisti³⁹, e ai loro scopi politici: difatti, se la legge positiva è ingiusta poiché legata alla ambiguità dell'opinione e della convenzione, che sono inclini a trascurare la necessità naturale dell'uomo, lo stato, che ne costituisce la fonte, non può che essere dotato della medesima natura convenzionale⁴⁰.

³⁹ Pur non essendo un prodotto della dottrina sofista, poiché l'idea dell'origine convenzionale della società e di una condizione umana pre-istituzionale erano già presenti nella cultura greca.

⁴⁰ L'origine convenzionale del fenomeno politico era presente nelle opere letterarie e nelle rappresentazioni teatrali. Protagora (Platone, *Protagora*, 12, 322b), avvalendosi dell'espedito letterario del mito – il cui uso era invalso nei pensatori dell'epoca e nei loro predecessori come forma di efficace esternazione del pensiero – sosteneva la possibilità di una situazione pre-istituzionale di tipo pessimistico in cui gli esseri umani vivevano isolati l'uno dall'altro e non esistevano le città. Si trattava di una “selvaggia e immorale condizione di vita”(D-K 1934/38, 86 C 1). Gli uomini, in questo stato di natura – concepito come grembo materno – sono dotati dalla *physis* e dagli Dei delle arti necessarie alla vita, tra cui la razionalità, che permette loro la comunicazione. Il pensiero razionale consente all'uomo di elevarsi rispetto agli altri esseri, e di onorare gli Dei, con i quali partecipa, in misura minore, della medesima natura razionale. L'incapacità dell'uomo di assicurarsi una condizione di vita sicura dalle offese dei suoi simili, e degli animali, originò la società civile, prodotto del dono divino dell'arte politica, consistente nelle capacità di mettere in pratica la giustizia affinché sia stabilito l'ordine sociale e promossa la solidarietà civile. L'arte fu distribuita in parti uguali per ogni essere umano. L'uomo, nella ricostruzione di Protagora, costituisce il punto di raccordo tra l'universalità del cosmo e la particolarità della sua natura specifica, attuando una degradazione della metafisica ad antropologia, nel momento esatto in cui viene esercitata l'arte politica (Untersteiner 1967, 103). La tesi contrattualista di Protagora produce un'assimilazione della natura con la convenzione, dettata dalla necessità di assicurare il mantenimento dell'ordine sociale rafforzando la *physis* con il *nomos*.

Nel dramma satiresco *Sisifo*, Crizia, uno dei “trenta tiranni” che esercitarono il governo di Atene nel 404-403 a.C., descrive uno stato di natura dai tratti pessimistici, caratterizzato dall'assenza di pena e di premio per le azioni umane, segnato dal disordine, dal dominio degli istinti e delle passioni, dalla violenza e dalla vendetta che rese necessaria la legge punitiva “in modo che la giustizia fosse

Fassò (2001a) argomenta a favore della presenza di una iniziale consapevolezza circa l'origine pattizia della società civile nella sofistica, riportando il pensiero di Licofrone (D-K 1934/38, 83 3), secondo cui: “la vita associata si riduce a un'alleanza militare differente solo geograficamente dalle altre alleanze con i popoli lontani e la legge si riduce a una convenzione (...) una garanzia dei diritti reciproci, ma non atta a rendere i cittadini buoni e giusti”. Il filosofo lega il fondamento della società civile all'accordo intersoggettivo denunciandone, tuttavia, l'insufficienza vincolante. Non basta la legge a ordinare l'uomo alle virtù; la sua unica funzione risiede nella sicurezza dei membri della comunità di riferimento. Il diritto, in Licofrone, è mera norma esteriore, volta ad assicurare l'indipendenza dei cittadini tra loro e verso gli estranei. Licofrone dimostra di seguire gli insegnamenti di Antifonte (D-K 1934/38, 87 B 44 A 1), che a sua volta usa l'espedito dell'accordo intersoggettivo originario per spiegare la società politica.

In definitiva, si può affermare che già con i sofisti si manifesta l'occorrenza di collegare la società civile al consenso intersoggettivo, nella sua forma paradigmatico-politica ideale, il contratto sociale tra individui liberi ed eguali (Strauss 1990,129-130).

5. Le condizioni ideali dei diritti nell'attualità della tradizione stoica

Sebbene la dottrina sofista esprima frammenti di pensiero idealisticamente contigui ai concetti politici fondamentali di epoca moderna, è molto difficile rintracciare un contributo netto alla dottrina dei diritti naturali, considerata, peraltro, l'eterogeneità delle correnti espresse al suo interno e la tendenza relativista⁴¹.

regina di tutti e avesse la forza come schiava” (D-K 1934/38, 88 B 25). L'incapacità della legge di fronte ai continui soprusi dell'uomo condusse all'invenzione degli Dei per evitare che si verificasse l'elusione del comando.

⁴¹ L'attività del sofista, essendo finalizzata a determinare il successo dell'opinione individuale all'interno del dibattito pubblico, che, come visto, riguardava sia l'ambito politico, sia quello giuridico, si riteneva strettamente collegata alle tecniche mutuata dalla prassi giudiziaria, e in particolar modo alla c.d. arte della

Peraltro, il modo d'intendere la natura e il diritto in un'accezione cosmopolita, che assume l'eguaglianza degli esseri umani a paradigma etico-giuridico delle relazioni inter-individuali, tende ad imboccare il percorso dell'astrattismo, rasentando l'utopia.

Innanzitutto si manifesta in un contesto socio-politico in cui il cosmopolitismo egalaritario, di tipo pre-istituzionale, mal si concilia con un sistema escogitato per delimitare il valore degli uomini all'interno dei confini della *Polis*, in relazione ad una rigida visione gerarchica dei rapporti sociali. La *Polis* greca aveva una funzione pedagogica di fondamentale importanza: educare l'individuo alle virtù (il fine proprio di ogni uomo) mediante lo strumento della legge. Di conseguenza l'uomo virtuoso era il cittadino. In considerazione di queste ragioni etiche, l'ipotesi sofista, trascendendo i confini della *Polis*, sarebbe stata anacronistica.

In secondo luogo, l'astrattismo consegue al loro approccio razionalista, teso a stabilire criteri di condotta che esprimono la proprietà distintiva dell'uomo, la ragione. La norma giuridica non è mera *vis* coattiva, dedotta esclusivamente da caratteristiche fisiche empiricamente percepibili, ma, oltre a queste, è frutto di processi logici che le consentono di imporsi, prima di tutto, nel foro interiore di ogni individuo.

Piuttosto, molto più rilevante e diffusa è la tendenza ad individuare il fulcro dei diritti naturali nella dottrina stoica.

Oestreich (2001, 15-16) deduce dalle idee emerse nel solco del pensiero stoico i fondamenti della struttura dello stato moderno e le basi per l'affermazione delle teorie dei diritti (mediate attraverso il pensiero cristiano).

Agli stoici si attribuisce il merito di aver formulato una serie di principi che mettono in luce il primato dell'uomo e le strabilianti doti naturali dallo stesso possedute. Sono fautori del principio di uguaglianza che, rispetto alla dottrina sofistica, acquista dei connotati

prova: ne conseguiva un atteggiamento di rinuncia verso la ricerca della verità delle cose – attività speculativa vigente in epoca pre-sofista che, a causa degli esiti contraddittori cui condusse perse l'originario consenso goduto –, prediligendo, piuttosto, la perfezione e lo sviluppo di metodi e tecniche per far apparire una determinata opinione come vera (Fassò 2001, 24).

molto più vicini alla dimensione morale che a quella prettamente biologica.

Come per i sofisti, anche per gli stoici l'essere umano costituisce l'oggetto principale dell'indagine filosofica, diversamente da questi però, l'individualismo stoico celebra gli istinti e il sentimento sociale, radicati in una prospettiva oggettiva dominata dalla ragione universale⁴².

L'etica e l'antropologia stoica sono concepite sulla base della scissione tra regno della ragione e realtà materiale, collocando nel primo l'essere umano che, in quanto dotato egli stesso di facoltà razionali, partecipa della ragione divina universale⁴³.

La natura umana è solamente una parte della natura universale, ma da ciò discende che la legge universale è applicabile anche come regola per la natura umana. La legge deriva dalla ragione e quindi la legge naturale coincide con la retta ragione. La visione stoica è una visione panteistica in cui l'intero universo è animato e governato da un principio animatore del mondo, la divinità, che è, quindi, al contempo, legge e ragione della cose – "*lex naturae* è *lex divina*" (Bloch 2005, 12).

Il fine dell'uomo consiste, pertanto, nel condurre una vita conforme alla natura, alla legge universale, che è la retta ragione che tutto governa, e in ciò consiste il principio etico della Stoa (Arnim 1898, II, 975).

⁴² In un certo senso, nel pensiero stoico si ricompongono metaforicamente, in modo del tutto peculiare, le istanze individualiste della corrente sofista con le istanze oggettiviste dei loro oppositori, vale a dire i sostenitori greci del diritto naturale conservatore (Eraclito, Socrate, Paltone, Aristotele). Gli stoici basano le proprie posizioni filosofiche a partire dal lascito culturale di Socrate, Platone, Aristotele e della scuola peripatetica, e del resto non potrebbe essere altrimenti visto che gli esponenti del movimento stoico sono considerati quali discendenti dei "cinici", una delle due scuole di pensiero sviluppatesi attorno alle tesi socratiche.

⁴³ La virtù stoica per eccellenza è la retta ragione. Colui che è in grado di seguire la retta ragione, determinando in accordo con essa il proprio agire, è il saggio, ideale etico di uomo rivendicato dai pensatori del tempo contro la logoria dei costumi. Il saggio è l'uomo che nella soddisfazione interiore di bastare a se stesso si sottrae al turbamento causato dagli avvenimenti esteriori. Una vita ascetica, di rinuncia ai piaceri e all'utile, permette il perfezionamento della sapienza, mediante la quale il saggio raggiunge il fine proprio dell'essere umano: la felicità. Solo attraverso la pratica della *recta ratio*, che è azione conforme alla natura umana, è consentito acquisire una conoscenza e un giudizio chiaro, scevro dalla contingenza delle passioni e delle emozioni.

Ciò spiega perché gli stoici avevano una considerazione altissima della legge, essendo quest'ultima manifestazione della ragione universale. Dello stesso tenore Crisippo (Arnim 1898, III 325), che descriveva il mondo come un'unica realtà ideale, oggettiva e universale, in cui convergevano Dio, natura e ragione. Un grande stato governato da un'unica legge: la ragione naturale, che comanda ciò che si deve fare e vieta ciò che non si deve fare; la legge è regina delle azioni degli Dei e degli uomini – esseri per natura sociali – , occorre che presieda il bene e il male, governi e guidi, sia regola del giusto e dell'ingiusto.

Il contrasto che emergeva nella sofistica tra un giusto per legge e un giusto per natura cerca di essere ridotto ad unità dalla dottrina stoica attraverso il concetto della ragione universale che identifica l'agire secondo ragione con l'agire secondo natura⁴⁴. La dottrina stoica tende a determinare una convergenza tra la sfera dell'essere e la sfera del dover essere, identificando la legge etico-giuridica, intesa come prescrizione di una condotta (dover essere), con la legge naturalistica, cioè la descrizione di una regolarità di eventi (essere), consistenti nelle necessità naturali degli esseri, tra cui è incluso anche l'uomo.

Non sfugge, tuttavia, la possibilità di un conflitto tra la legge naturale e la legge positiva. In questo caso, anche gli stoici, come i sofisti, e i filosofi della legge naturale, sostengono la prevalenza della natura sulla convenzione, come del resto affermato da Cicerone (tra gli interpreti e i divulgatori della dottrina stoica): “Se tutto ciò che è istituito in virtù di una deliberazione dei popoli, di un decreto dei principi e di una sentenza dei giudici, fosse diritto, in questo caso la rapina, l'adulterio, i testamenti falsi, una volta sottoscritti, sarebbero diritto appena essi fossero approvati dal consenso e da una deliberazione della moltitudine” (Rommen 1965, 20)⁴⁵.

⁴⁴ L'idea della *recta ratio* come perfezionamento dell'essere, criterio di valutazione delle azioni, idonea a conciliare la *physis* con il *nomos*, è il prodotto delle tesi ascrivibili alla dottrina idealistica greca. Gli esponenti di questa corrente, Socrate, Platone, Aristotele, giustificano l'obbedienza alla legge sulla base del seguente ragionamento: se l'agire giusto è quello conforme alla natura, e se la natura umana è rispettata nella misura in cui la legge è rispettata e seguita dai propri destinatari, allora l'azione giusta è quella che si sostanzia nell'obbedienza alla legge.

⁴⁵ La validità dell'argomento favorevole alla prevalenza della legge naturale sulla legge positiva è dallo stesso autore suffragato ricorrendo all'episodio storico che

L'eloquente retore romano sostiene l'esistenza di un giusto naturale, innato (*lex nata*) necessario e immutabile, che non può essere derogato o abrogato da alcuno (*Pro Milone*, IV 10): "Tale legge, o giudice, non è scritta, ma originaria; né l'abbiamo appresa per tradizione o letta; ma dalla stessa natura l'abbiamo ricevuta e sentita. Né l'abbiamo imparata sui libri o per istruzione, ma siamo strutturati e imbevuti di essa". Il diritto, secondo Cicerone (*De Republica*, III 22/23), non è assimilabile al prodotto di una volontà arbitraria del sovrano, ma è fondato sulla natura umana, derivando dalla ragione: "La vera legge è la retta ragione conforme alla natura, universale, costante ed eterna, la quale con i suoi ordini invita al dovere, coi suoi divieti distoglie dal male (...) A questa legge non è lecito fare alcuna modificazione, né sottrarre qualche parte, né è possibile abolirla del tutto, né per mezzo del Senato o del popolo possiamo affrancarci da essa, né occorre cercarne il chiosatore o l'interprete. E non vi sarà una legge a Roma, una ad Atene, una ora, una in seguito; ma una sola legge eterna ed immutabile governerà tutti i popoli in tutti i tempi (...) Alla quale l'uomo non può disubbidire senza fuggire se stesso e senza rinnegare la natura umana, e senza perciò stesso scontare gravissima pena, quando anche sfuggisse le punizioni ordinarie"⁴⁶. Peraltro, un punto rilevante delle tesi ciceroniane sul diritto naturale consiste nei modi di dimostrare la conoscenza e l'esistenza del diritto naturale. Esistono due vie per dimostrare l'esistenza del diritto naturale, a priori, più sicura, e a posteriori, meno sicura ma più popolare poiché fondata sul *consensus gentium*, criterio fattuale e *vox naturae* consistente nella comune convinzione di tutti i popoli circa l'esistenza di un diritto universale, comune all'intera umanità (Cicerone *De Legibus*, I 16).

vide Lucrezia violata dal figlio di Tarquinio. In quel tempo non era stata espressamente riconosciuta come illecita la condotta di quest'ultimo, che tuttavia era condannabile sulla base delle prescrizione del diritto naturale non scritto applicabile a tutti gli esseri umani, indipendentemente da condizioni socio-politiche determinate (Cicerone, *De Legibus*, II 4 10).

⁴⁶ Riecheggiano gli insegnamenti di Aristotele circa l'esistenza di una realtà oggettiva, presente nella natura e indipendente dall'intervento umano. Vi sono azioni, sosteneva il filosofo greco (Aristotele, *Etica Nicomachea*, II 6 1107a), che "già nel loro nome comprendono insieme un'idea di cattiveria, come la malignità, il furto, l'omicidio (...) biasimate per essere di per se stesse cattive (...) Dunque in esse non vi è mai rettitudine, bensì sempre errore".

Anche Epitteto, noto esponente della stoa, prendendo spunto dalla varietà delle leggi che regolavano il comportamento dei popoli del tardo impero, individuava nella conformità alla natura il criterio normativo idoneo a giudicarne la loro validità (Rommen 1965, 20).

L'influsso significativo che avrà il pensiero stoico nelle elaborazioni successive riguardanti i diritti naturali è rintracciabile, innanzitutto, nella tesi della doppia natura umana, la cui eco percorrerà i secoli a venire consolidandosi nel fondamento onto-assiologico delle moderne teorie dei diritti naturali.

6. Le componenti della natura umana in una prospettiva stoica: l'istinto naturale

In netta antitesi rispetto l'epicureismo di matrice positivista (animato dalle tesi dello stesso Epicuro e di Carneade, quest'ultimo diretto avversario delle tesi stoiche), che identificava nel piacere e nell'utile gli unici criteri validi del comportamento umano, gli stoici, al fine di determinare il fine dell'azione umana, elaborano la dottrina della "*Oikeiosis*".

Con questa espressione si denotava l'istinto fondamentale innato che l'uomo condivide con tutti gli animali: l'istinto di autoconservazione da cui scaturisce il dovere di mantenersi integro nel proprio stato naturale, comportandosi in modo conforme alla propria natura, ed evitando un atteggiamento in contrasto con essa: "la prima cosa propria è la sua natura (quella dell'animale) e la coscienza di essa (...) così infatti evita le cose che nuocciono e ricerca le utili (...) il piacere (...) è qualcosa che sopravvive quando la natura, avendo cercato da se stessa ciò che si adatta alla sua conservazione, lo ha ottenuto" (Arnim 1898, III 178).

L'istinto di autoconservazione genera l'amore per se stessi poiché diretto alla ricerca delle cose salutari al proprio stato e alla repulsione delle cose dannose, anticipando la consapevolezza del piacere e del dolore (Arnim 1898, III 182). L'*oikeiosis* però va oltre l'amore di se stessi. Designa un istinto primordiale che trascende l'utile del singolo individuo per abbracciare anche, in un'ottica solidaristica, l'amore per

la prole, accettando il sacrificio di se stessi per anteporre il bene altrui. Questo atteggiamento pervade l'essenza dell'essere umano al punto tale da consentire un'estensione solidale perfino nei confronti degli appartenenti alla medesima specie⁴⁷.

6.1. *Le componenti della natura umana in una prospettiva stoica: la ragione*

L'elaborazione della dottrina dell'*oikeiosis* ha messo in risalto l'elemento che accomuna l'essere umano con l'animale. Tuttavia, sarebbe riduttivo definire il senso della natura umana basandosi esclusivamente sull'istinto naturale. Gli stoici, così come i grandi autori che li hanno preceduti, erano consapevoli del fatto che, se per certi aspetti l'uomo era, per via di alcune caratteristiche biologiche, una creatura del tutto assimilabile ad ogni altro animale presente sulla terra, per altri aspetti se ne distingueva nettamente sino ad assumere una posizione di superiorità.

Ai fini dell'indagine sulla peculiarità della natura umana dal punto di vista stoico non è possibile fare a meno delle idee elaborate da uno dei più grandi esponenti della Stoa: Seneca. Il filosofo, indagando sulla natura delle cose, osservando che per ogni essere vivente esiste un attributo predisposto dalla natura che funge, altresì, da criterio di valutazione della natura stessa (es. per la vite il sapore del vino, per il cane il fiuto), si domanda quale sarebbe l'essenza propria dell'uomo, trovando la risposta nella ragione.

La proprietà della razionalità distingue l'essere umano da tutti gli altri animali, facendogli acquisire una certa prossimità alla divinità. Seneca dirà dei membri del genere umano: *homo sacra res homini*, gettando la basi per lo sviluppo dell'idea di dignità umana. Solo mantenendo la ragione retta, coltivando la perfezione, l'uomo raggiungerà il suo fine, la felicità (Seneca, *Ad Lucilium epistulae moralis*, 76). Per Seneca, l'uomo è posto in una relazione intima con la

⁴⁷ Crisippo (Cicerone, *De Finibus*, III, 19, 62) afferma che "la stima reciproca degli uomini è qualcosa di naturale, così che l'uomo, già per il fatto di essere uomo, non è mai straniero all'altro uomo".

divinità – ragione assoluta di tutte le cose, essendone parte, membra e alleato (Seneca, *De Beneficiis*, IV 7-12).

Un altro esponente dello stoicismo, come Marco Aurelio, era convinto che la ragione fosse il tratto specifico e comune a ciascun essere umano. Secondo l'Imperatore, le proprietà intellettive mettono in comunicazione gli esseri razionali, una categoria all'interno della quale colloca l'uomo e Dio, che è essenza perfettissima, cosciente e razionale da cui proviene l'immensa varietà dei viventi (definito piuttosto come natura universale): l'uomo è in particolar modo vicino agli dei: "Giove ha persino staccato da sé una particella e l'ha data agli uomini" (Marco Aurelio Antonino, *Ricordi*, V, 27). Questa particella è l'intelligenza, che arricchisce di una luce divina la natura umana.

Il fine dell'uomo non può essere compreso solamente osservando l'inclinazione naturale, di tipo biologico, che lega gli esseri dotati dalle medesime esigenze fisiologiche, ma "soltanto nell'attività operosa del nostro vero io, nel suo pensare, desiderare ed agire spontanei e conformi alla natura razionale" (Pohlenz, 1975).

Il duplice aspetto della natura umana è descritto in modo illuminante dalla tesi della compresenza nell'essere umano sia di un "unico principio vitale (...) distribuito fra tutti gli esseri viventi (superiori e inferiori), sia di un "unico principio razionale", condiviso solo dagli uomini, esseri superiori, dotati d'intelletto e legati, perciò, da un vincolo di parentela, che ne giustifica il dovere asimmetrico di amarsi – perché anche colui che fa il male va amato in ragione della sua natura divina – e di vivere in società (Marco Aurelio Antonino, *Ricordi* VII, 22).

La massima espressione della tesi della necessaria socialità umana è riassunta da Marco Aurelio (*Ricordi*, VII, 13) nella metafora del corpo umano: l'uomo è come le membra di un corpo; ciascuna ha la sua funzione e ognuno collabora per il bene comune. La comunità umana è come un corpo il cui equilibrio richiede che ciascuno dei suoi membri agisca in aderenza alla propria natura. L'uomo isolato è l'uomo che rinnega la propria natura, poiché "un uomo separato da un altro uomo, anche uno solo, è già allontanato dall'intera comunità dei suoi simili", e rinnegare se stessi è un male (Marco Aurelio Antonino, XI, 8).

L'uomo ha il dovere di agire secondo la natura, che significa ascoltare

il demone benigno della ragione, sforzandosi di ricercare il vero e di praticare la giustizia, ed evitando di peccare attuando atteggiamenti difformi. Dopotutto, per l'imperatore, il fine dell'uomo, che consiste nella felicità, è perseguibile adempiendo i propri doveri (in piena prospettiva religiosa), il principale dei quali consiste nel cooperare nel miglior modo possibile al bene sociale. Secondo L'imperatore (*Ricordi*, X,11) "L'essere razionale, se agisce secondo natura, agisce secondo ragione", riconoscendo l'esistenza di una norma che deriva direttamente dalla natura umana, che è natura razionale. Seguire la ragione e Dio sono le cose più degne dell'uomo.

Gli Dei "vogliono che gli esseri dotati di ragione, tutti, si facciano eguali a loro e che il fico compia opera di fico, il cane compia opera di cane, l'ape opera di ape, l'uomo opera di uomo" (Marco Aurelio Antonino, *Ricordi*, X, 8).

Per Marco Aurelio (*Ricordi*, VI, 58), la razionalità iscritta nella natura dell'uomo conferisce a quest'ultimo la capacità di comprendere la realtà circostante consentendogli di esercitare una decisione libera, poiché la libertà umana è fondata sulla ragione: "l'uomo è libero e nessuno potrà impedirgli di condurre una vita secondo la sua natura".

Se la razionalità è la via per i fini dell'uomo, una dottrina che tenda a valutare l'esperienza umana esclusivamente sulla base del criterio del piacere e dell'utile non solo priverebbe la vita umana del suo intimo e autentico significato, ma degraderebbe l'uomo alla categoria più infima delle bestie.

La duplice natura posseduta dall'uomo, biologico-naturale e divina, ne fa un animale di ordine elevato, che è in grado di sottomettere a sé le altre creature non umane.

L'istinto naturale, l'*oikeiosis*, non è principio naturale fine a se stesso, ma, nell'essere umano, deve essere costantemente guidato dal lume della ragione. Ne discende che, se sulla base dell'istinto di autoconservazione, l'associazione tra esseri umani risulta necessaria per preservare la propria incolumità, sulla base della ragione, non una qualsiasi società è funzionale allo scopo considerato, ma solo quella comunità in grado di garantire la pace e l'ordine in conformità ai dettami della ragione.

Gli stoici asseriscono che lo sviluppo delle capacità intellettive

consente la presa di coscienza di se stessi. L'uomo attraverso la ragione coglie la propria essenza, comprende se stesso conoscendo i principi immutabili ed eterni della natura, identifica l'azione secondo natura come buona, agendo in armonia con la propria ragione.

Gli istinti naturali sono indizi in grado di condurre l'essere umano alla scoperta della propria natura razionale. In primo luogo bisogna domandarsi cosa concorda con gli impulsi naturali, e poi passare alla qualificazione morale di questi.

L'uomo, differentemente dagli altri animali mossi dal puro istinto, è capace di giudizio, assumendo un atteggiamento razionale-riflessivo preordinato all'adozione di una decisione.

Alla base di questa natura comune e propria l'uomo è un essere comunitario. Di conseguenza, la sua esistenza potrà svolgersi, e il suo destino compiersi, solo all'interno della comunità.

7. La *civitas maxima*

Le idee sulla natura umana, intesa come un complesso di istinto e ragione che accomuna la specie umana, unitamente alle vicende legate alla nascita di un sistema politico volto ad accogliere al suo interno, oltre ai suoi membri di diritto – i cittadini –, anche gli stranieri, favorirono il fiorire di istanze egalarie idonee a trascendere i confini politici per abbracciare l'intero genere umano, legittimando la riconduzione del fenomeno contemporaneo dei diritti umani alla tradizione stoica sul diritto naturale. L'uguaglianza naturale è il fattore costitutivo del razionalismo etico stoico nonché presupposto teorico per la dottrina dei diritti (Facchi 2007, 25).

Gli stoici, e in particolar modo gli esponenti della corrente romana, sostenevano che gli uomini sono uguali e consanguinei per il solo fatto di essere uomini e perché sono partecipi dell'essenza divina, per natura portati ad unirsi e ad associarsi con altri uomini .

Già nella prima Stoa, come riporta Plutarco analizzando la dottrina di Zenone, sono espresse le basi della teoria normativa della *civitas maxima*, che prescrive di condurre una vita che trascenda le differenze culturali dei vari popoli, nel quadro di un comune sentimento che lega

gli uomini di ogni parte del regno nel vincolo di una cittadinanza universale, “come un gregge che con uguale norma pascola e cresce insieme” (Arnim 1898, I, 262).

Peraltro, è bene sottolineare che si tratta di un universalismo egualitario di tipo razionale poiché fondato sull’esistenza di una norma universale dettata dalla ragione. Per tale ragione la Stoa diviene una dottrina principalmente democratica, animata da una filantropia cosmopolita espressa dal diritto naturale ricavato mediante la ragione naturale. Il fine politico si identifica con il fine umano, per la cui realizzazione si paventa la necessità di trascendere i confini politici che impediscono una visione unitaria dell’uomo, considerato nella sua natura biologico-divina.

L’idea di una fratellanza – unitamente ad una vita in armonia con la ragione costitutiva del secondo baluardo su cui si basa la dottrina stoica (Bloch 2005, 13) –, che scaturisce dalla natura posseduta in egual misura dagli essere umani, si pone in contrasto con tutti quei modi di trattare l’essere umano che predispongono un trattamento difforme dalle richieste della natura. Rilevante, per la consistenza della tesi è l’idea di *homonoi*, cioè l’unità di pensiero rintracciabile all’interno della specie umana, che influenzerà il successivo pensiero cristiano.

I pensieri comuni sono tali che tutti li deducono allo stesso modo dall’esperienza, essi giustificano ad un tempo il *consensus gentium*, e contengono la verità più certa. Come esseri dotati di libertà ed eguaglianza, gli uomini non possono essere ridotti ad uno stato di soggezione tale da rinunciare alle propria autonomia, negando la propria natura, perciò anche gli schiavi sono uomini, consanguinei e fratelli: sono, al pari degli uomini liberi, partecipi della divinità che alberga nella loro anima, appartenendo alla medesima comunità umana. Seneca manifestò chiaramente questo sentimento di eguaglianza universale: “sono schiavi; no, sono uomini (...) sono nostri compagni di schiavitù, se si pensa che la sorte ha lo stesso potere tanto su di noi quanto su di loro”(Seneca, *Ad Lucilium epistulae morales*, V 47).

Ed Epitteto, esponente dello stoicismo e direttamente coinvolto dalla questione poiché schiavo anch’egli, si orientò favorevolmente verso un sentimento di fratellanza universale in quanto figlio di Dio (Epitteto,

Dissertazione, I 3 1). Come dirà Marco Aurelio Antonino (*Ricordi*, VI, 44), esprimendo efficacemente l’inserimento dell’uomo in una famiglia umana universale nell’idea di una *civitas maxima* soggetta al diritto naturale: “In quanto io sono Antonino la mia patria è Roma; in quanto uomo, la mia patria è il mondo”.

Nel riconoscimento universale della non estraneità reciproca si origina la cultura dei diritti fondamentali riguardanti la dignità umana (Argiroffi 2012, 65).

In reciproca dipendenza con l’idea della *civitas maxima* sarà la *communis possessio*, strettamente collegata alle successive dissertazioni sul concetto di diritto naturale soggettivo, nonché alle teorie giusnaturaliste moderne. Quest’idea, rintracciabile nel pensiero di Seneca (*Ad Lucilium Epistulae morales* XIV, 90, 4-6) – che si richiamava a Posidonio –, postula l’esistenza di uno stato di natura precedente all’organizzazione politica dipinto come un’età dell’oro in cui il governo degli uomini era affidato ai saggi. Uno stato senza leggi, moralmente perfetto, privo di violenza, garantista delle esigenze di tutti e in particolar modo dei più deboli, contrassegnato dalla comunanza nel possesso dei beni, ove l’amministrazione della società non si basava sulla forza, ma sul comune sentimento di adesione alla natura umana. La corruzione dei costumi, tuttavia, produsse la necessità di un’organizzazione politica – frutto di accordo intersoggettivo – che, con l’ausilio della legge, rimediasse alleempietà dell’uomo.

“Per Seneca la società è un valore fondamentale che la natura ha dato all’uomo come suo carattere distintivo, per consentirgli di esercitare quella signoria sugli altri esseri viventi e sulle cose che l’uomo deve esercitare in quanto partecipe di quella *ratio* che governa tutto il mondo” (D’Addio 1954, 168), consentendo agli uomini di vivere in armonia, instaurando relazioni di mutuo soccorso.

Seneca attribuisce alla legge, prodotto convenzionale e necessario in certe situazioni, non solo il compito di regolare la vita associata, ma anche quello di circoscrivere il potere dei governanti, mantenendo fede agli insegnamenti aristotelici sulla sovranità della legge che, in epoca moderna, contribuiranno alla nascita del principio dello stato di diritto.

8. *L'idea della normatività dell'individuo*

Il pensiero sofista e la dottrina stoica, pur elevando l'uomo a unità fondamentale su cui erigere l'intera esistenza, tuttavia, sono esposte a diverse contraddizioni che limitano la portata delle loro tesi etico-giuridiche ed etico-politiche.

Innanzitutto, il sofismo non è riducibile esclusivamente alla corrente cosmopolita sostenuta da quei pensatori che interpretano le relazioni sociali sulla base di un'uguaglianza naturale. A questa posizione, naturalista e astratta, si affianca una posizione naturalista e realista. Con riferimento alla natura umana, se con Ippia, Alcідamante, e Licofrone veniva enfatizzato l'aspetto egualitario nel solco di una ricostruzione razionale-utopistica della natura umana, con Callicle assume un connotato naturale/politico identificandosi con il potere del più forte.

Agire in conformità alla natura secondo Callicle (Platone, *Gorgia*, 38-39, 483 b-484 a), significa imporre il potere del più forte sul più debole: "il criterio della giustizia è questo, il dominio e la supremazia del più forte sul più debole".

Questa tesi ammette la differenza tra i membri del genere umano sulla base di caratteristiche psico-fisiche differenti, tali da determinare la struttura dei rapporti sociali in relazione ad uno schema gerarchico ove il più forte esercita il proprio dominio sottomettendo il più debole⁴⁸.

Sulla scia della posizione di Callicle prese forma quella di Trasimaco secondo cui la giustizia è una maschera dietro la quale si nascondono gli interessi dei più forti. "Il giusto non è altro se non l'utile del più forte" (D-K 1934/38, 85 B 6a)⁴⁹.

Questi frammenti aggiungono un aspetto ulteriore alla ricostruzione

⁴⁸ Se la natura ha prescritto il dominio del più forte, ciò significa che una relazione giusta, conforme a natura, è quella che rispetti la condizione di differenza naturale che si osserva nell'uomo, senza alterarla.

⁴⁹ L'inversione del contenuto della giustizia verso la priorità dell'utile è espressa efficacemente da Salomon (1911, 142): "giusto è colui che agisce in conformità alla legge; la legge viene emanata dai potenti; le determinazioni della legge mirano al vantaggio dei potenti; giustamente, dunque, agisce chi agisce nell'interesse del più forte".

sofista delle leggi e della natura: il criterio d'azione dell'uomo è l'utile.

Le leggi sono ispirate all'utile individuale. L'utilità diviene strumento di legittimazione e verifica delle elaborazioni teoriche sul diritto e su altri campi di esperienza umana. Anche "l'ideologia contrattualistica, dopo (e con) la sofistica, si svolge, pertanto, come ricerca di risolvere l'utile del più forte nell'utile di tutti, ossia nell'utile della società" (D'Addio, 1954, XXI). L'adozione del criterio utilitaristico determina un atteggiamento scettico, relativista e positivista, in opposizione all'universalismo predicato dalla corrente antagonista⁵⁰.

In questo senso la dottrina sofista è incompatibile con la dottrina moderna dei diritti naturali che, a differenza della prima, ne promuove l'adesione nell'ambito di una cornice concettuale contrassegnata da posizioni che, seppur differenti nei contenuti, assumono un atteggiamento di tipo cognitivista, mosso dalla credenza nella possibilità di un ordine oggettivo di valori.

Inoltre, anche lo spirito egualitario presenta notevoli debolezze, considerato che già nel pensiero dei filosofi, e in particolare degli stoici, che ne rafforzarono il valore, si annidavano i germi che ne ridussero la portata normativa e semantica.

Se la chiara visione di un'umanità segnata da un'eguale natura era conseguibile mediante lo sforzo intellettuale, ciò significava che ciascuno avrebbe dovuto essere posto nelle condizioni di raggiungerla.

Tuttavia, non tutti possedevano questa facoltà, ma solo alcuni uomini, che, in virtù delle loro doti riflessive, meritavano l'appellativo di saggi.

L'ideale etico del saggio condusse ad un'interpretazione bipolare del mondo umano, che conobbe la contrapposizione tra saggi e stolti. I secondi non sono degni di considerazione tale da poter essere equiparati, addirittura, agli esseri umani. Il difetto di ragionamento ne causa un accostamento alle bestie, con cui condividono la caratteristica dell'istinto.

Un altro punto di attrito circa la possibile riconduzione dei diritti naturali a queste correnti, sta nella differente concezione

⁵⁰ Sulla base di queste assunzioni, l'espressione secondo cui l'uomo sarebbe misura di tutte le cose andrebbe interpretata in un'accezione relativista. Le cose, quindi, appaiono diversamente a seconda dell'individuo che le osserva e degli stati psicofisici in cui si trova.

dell'esperienza giuridica.

Come osservato in precedenza, sofisti e stoici non si riferiscono mai a presunti diritti individuali. Essi non attribuiscono valore all'individuo se non all'interno di un orizzonte normativo oggettivo, in cui esiste solo la legge ideale, alla quale ricondurre alcuni aspetti delle esigenze espresse dalla natura umana. Addirittura alcuni sofisti negano la possibilità di un diritto. Nella dottrina dei diritti naturali, invece, l'individuo si ritaglia spazi giuridici che concorrono o legittimano la legge.

Nonostante questi evidenti contrasti teorici, tuttavia, non si può non rintracciare l'idea, che accomuna e abbatte il divario temporale tra le posizioni filosofiche considerate, dell'individuo dotato di una valenza etico-giuridica capace di resistere alle aggressioni del potere politico.

Con i sofisti si assistette alla scoperta dell'individuo quale vero realizzatore della politica, dotato di autonomia di pensiero ed eguale agli altri membri della specie, collocato in una comune condizione originaria d'esistenza governata dalla legge di natura.

Con gli stoici si recupera la dimensione sociale che è connaturata all'individuo, creatura libera (ma non nel senso di un'indipendenza di stampo sofista, piuttosto, si tratta di una libertà circoscritta dall'eguale esercizio della libertà altrui)⁵¹, enfatizzando il ruolo della ragione e l'oggettività della giustizia naturale.

In conclusione, sarebbe errato rintracciare le origini dei diritti naturali nell'antichità pagana, qualora fossero intesi come posizioni giuridiche soggettive che denotano una precisa configurazione dell'individuo e della sua interazione con l'organizzazione del potere politico. Non vi è traccia di simili espedienti teorici.

Tuttavia, nella misura in cui si ravvisi l'esigenza di comprendere le idee etico-sociali sottese al paradigma giuridico dei diritti naturali, allora è possibile sostenerne la riconducibilità al pensiero antico, ove nacque e mosse i suoi primi passi quella rivoluzione antropocentrica che presentò al mondo il rilievo etico-giuridico della soggettività

⁵¹ Sulla base dell'idea della connaturata socialità umana si potrà concepire il diritto romano sulla scorta dei principi del *neminem laedere*, dell'*honeste vivere*, e del *suum cuique tribuere*.

dell'essere umano⁵².

⁵² “La coscienza della dignità della persona e dei diritti della persona è rimasta implicata nell'antichità pagana sulla quale la legge della schiavitù distendeva la sua ombra. È il messaggio evangelico che, tosto ha risvegliato questa coscienza a se stessa sotto forma divina e trascendente, rivelando agli uomini che essi sono chiamati ad essere figli ed eredi di Dio, nel regno di Dio. Sotto l'impulso evangelico, lo stesso risveglio doveva diffondersi a poco a poco, in ciò che riguarda le esigenze del diritto naturale stesso, nel dominio della vita dell'uomo quaggiù e della città terrestre”. Con queste parole Maritain (1977, 63) individua nei diritti umani (che non distingue dai diritti naturali) delle estrapolazioni di principi giustizia da sempre inerenti la tradizione del diritto naturale. In epoca antica si rinviene l'inizio di un lungo cammino della dottrina del diritto naturale arricchito dai diritti, aspetti soggettivi di ciò che è giusto (Finnis 1996).

Sezione II

Il concetto di diritti naturali

Il concetto di diritto soggettivo si trova tutt'oggi al centro di una disputa teorica dagli esiti incerti e indeterminati. Nonostante il linguaggio dei diritti costituisca il fenomeno giuridico moderno e contemporaneo per eccellenza, e considerato che i diritti sono usati principalmente come criteri per esprimere rivendicazioni di protezione di certi interessi, o come criteri di legittimità dell'azione politica, tuttavia, il linguaggio dei diritti presenta notevoli dosi di ambiguità, prestandosi ad usi retorici polivalenti, che ne compromettono la credibilità (Finnis 1996).

I diversi modi in cui è articolato il linguaggio dei diritti pone, tra l'altro, non pochi problemi di comprensione della struttura concettuale del diritto soggettivo, che a sua volta si serve di una serie di concetti politici, giuridici e morali che ne complicano ulteriormente i nodi concettuali da dipanare. Nel panorama scientifico contemporaneo, i diritti, compresi i diritti umani, sono spiegati ricorrendo ai termini di poteri, pretese, cari alla tradizione dei diritti naturali e del diritto soggettivo. In alcuni documenti internazionali è menzionato il valore storico della concezione dei diritti umani, concepiti come sviluppo del concetto giuridico di diritto soggettivo, che risalirebbe alle origini della filosofia.

Dinnanzi ad un percorso di riflessione teorica contrassegnato da ampie zone di penombra, gli studi recenti sul diritto soggettivo sono stati affrontati a partire da un'indagine storico-filosofica volta a chiarire il significato dell'espressione nelle varie fasi della sua evoluzione, considerato che "se vogliamo capire le nostre credenze quanto più pienamente e criticamente è possibile, è essenziale (...) vedere da dove esse provengano e quali funzioni esse servano nel modo contemporaneo" (Shapiro 1982, 535-578)⁵³. L'approccio storico-filosofico

⁵³ Anche se l'autore non si mostrerà coerente con i propri propositi metodologici, fornendo una ricostruzione storica dell'esperienza giuridica che trascura aspetti essenziali delle fasi evolutive dei concetti giuridici.

è ritenuto un valido ausilio per conoscere il significato autentico delle posizioni giuridiche concettuali, per scoprire gli scopi per i quali furono elaborati e, parimenti, rappresenta un parametro per stabilire e confrontare gli usi del passato con quelli del presente, al fine di individuare questioni problematiche (che saranno sviluppate in seguito) e offrire possibili soluzioni.

Con riguardo precipuo alla genesi del diritto soggettivo, “non si può discutere sulla data di nascita del diritto soggettivo se non si comincia a riflettere su ciò che significa questa espressione” (Villey 1986, 196-197). Uno studio sul concetto di diritti naturali deve prendere le mosse dall’analisi sul significato che il termine *ius*, in senso soggettivo, connesso al termine naturale, inteso approssimativamente come una qualità inerente l’essere umano, ha assunto originariamente. Un resoconto della genesi e dell’evoluzione del concetto dei diritti naturali potrebbe offrire un valido contributo al dibattito contemporaneo sui diritti umani.

1. *Villey e il nominalismo francescano*

Tra coloro che si sono occupati di esaminare il concetto di diritto soggettivo in una dimensione storica, occorre innanzitutto richiamare il pensiero del francese Villey (1986, 207), che fa risalire l’origine del diritto soggettivo al secolo XIII, trovando la sede della propria affermazione nel nominalismo di matrice occamista, nel quadro della disputa francescana⁵⁴.

Il dibattito francescano sulla povertà (Damiata 1978) consentì a Guglielmo d’Ockham, monaco francescano e teologo, di sviluppare un concetto di diritto soggettivo idoneo a specificarne i profili strutturali e le interazioni tra la sfera propriamente giuridica e quella metagiuridica.

L’Opus Nonaginta Dierum (Ockham 1963), risalente al 1332, coglie

⁵⁴ “La culla dei diritti soggettivi fu l’ordine francescano – Guglielmo D’Ockham, fondatore del nominalismo (...) può essere definito il padre dei diritti soggettivi” (Villey 1964, 98).

gli aspetti rilevanti della controversia che vide fronteggiarsi da un lato l'ordine francescano, dall'altro le pretese di papa Giovanni XXII sul problema posto dalla conciliazione tra la povertà e il diritto. Inoltre, rappresentò un'occasione per mostrare come l'aspetto della definizione concettuale costituisse un elemento rilevante anche per la pratica del diritto.

I francescani, destinatari degli effetti prodotti dall'adesione all'ordine, si trovarono al centro di una rilevante contraddizione etica: come poter conciliare la proprietà di beni (mobili e immobili) con il precetto morale che vincola i membri dell'ordine a condurre una vita di privazioni, in assoluta povertà, secondo gli insegnamenti del suo fondatore Francesco⁵⁵.

Il conflitto tra teoria e pratica giunse alle orecchie del papato, allora retto da Gregorio IX (1231), che in ragione della funzione tutoria dell'ufficio ricoperto nei confronti dell'ordine, e nell'intento di soddisfare le richieste dei francescani, riconobbe loro un uso delle cose che fosse separato dall'appropriazione a titolo di proprietà, sia individuale sia collettiva. Successivamente Innocenzo IV (1245) decise di risolverlo separando il godimento dei beni dalla loro titolarità, attribuendo il primo alla comunità francescana e il secondo all'ufficio papale. I beni, in precedenza posseduti dai francescani, furono considerati "*jus et proprietas Beati Petri*".

Questo ordine delle cose venne mantenuto nel segno della continuità sino al papato di Niccolò III (1279). Durante il periodo considerato furono emanate una serie di bolle papali che assicurarono ai francescani il "*simplex usus facti*" (Bolla *Exiit*).

Con Giovanni XXII la situazione subì un'alterazione poiché l'artificio giuridico escogitato dai suoi predecessori non era in grado di

⁵⁵ La dottrina francescana consisteva in un'aderente emulazione della vita di Cristo. Poiché Cristo ha condotto la propria esistenza in regime di povertà, così anche Francesco, e i suoi seguaci, avrebbero adottato lo stesso stile di vita. Si trattava di una condizione di vita animata da un atteggiamento volontario, che non si riferiva esclusivamente alla dimensione fisica connessa alla rinuncia di beni e utilità materiali, ma implicava anche una concezione di povertà di spirito (Little 1978; Mollat 1986; Pellistrandi 1974; Robson 2002; Violante 1974). In ossequio alle caratteristiche dell'umiltà e dell'obbedienza, la povertà francescana implicava totale assenza di *dominium*, intesa come assenza di *status* sociale, assenza di controllo sociale, assenza di proprietà e di diritti.

fronteggiare le richieste di povertà più estreme manifestate da correnti radicali sorte all'interno dell'ordine francescano. Il Papa, dinnanzi l'ostinata posizione estrema dei francescani, reagì in egual misura, costringendoli ad acquistare in proprietà i beni che usavano, inducendoli in tal modo a contravvenire alle regole morali cui avevano garantito di prestare obbedienza.

La tensione emergente tra le parti configurava una simbolica diatriba tra la necessità del diritto per garantire l'ordine, la certezza e il controllo sociale e politico dei rapporti umani, e il rifiuto della maglia del diritto per coloro che intendono adempiere alle richieste morali racchiuse nelle convinzioni più profonde dell'animo umano⁵⁶. Il diritto positivo cerca di assoggettare ai propri formalismi statici e alle rigide costruzioni logiche una dimensione morale che, invece, è segnata da profili dinamici e da un *surplus* semantico rispetto al diritto.

L'argomento del Papa contro le pretese francescane denuncia la separazione tra proprietà e uso, sia con riguardo ai beni non consumabili, sia con riguardo a quelli consumabili.

Poiché i francescani hanno la capacità di trarre tutte le utilità dai loro conventi, dai giardini e dai granai, è una finzione sostenere che queste situazioni siano dei meri usi non riferibili ad alcuno *ius*. Piuttosto, costituirebbero il contenuto di *jura in re*, come lo *jus utendi* (cioè l'equivalente contemporaneo del diritto di usare una cosa).

La paradossalità della circostanza rilevata dal Papa non riguarda solo l'ambiguità del caso francescano, ma anche le soluzioni adottate dai precedenti papi, i quali, per tacitare le richieste dei francescani, avevano separato l'*usus* (o *commodum*) dal *dominium*, snaturando quest'ultimo da ogni contenuto sostanziale.

In ordine alle cose consumabili, il discorso si acuì maggiormente. Nei beni necessari alla sussistenza (come il pane, la zuppa, e l'acqua) è ancor più evidente l'insuscettibilità di separare l'uso dalla proprietà. In sostanza, per Giovanni XXII, non era concepibile una dicotomia tra uso e proprietà, e questa tesi si basava su considerazioni di tipo logico ed etico-giuridico.

⁵⁶ Altra caratteristica peculiare della dottrina francescana era il disinteresse per le questioni legali. Piuttosto, il messaggio francescano si esprimeva attraverso metafore bibliche, richiami alla vita di Cristo, sottomissione della propria volontà alla volontà di Dio (Lambert 1998, 33-72).

Dal punto di vista logico, le azioni umane presuppongono, ai fini del loro esercizio, il potere di agire in capo al soggetto.

Dal punto di vista etico-giuridico, rivestire una situazione di fatto con l'abito giuridico equivale ad attribuirvi il carattere della giustizia, con la conseguenza che un'azione era giusta in quanto fondata sullo *ius*.

In questo senso non era ammissibile compiere un atto (mangiare, consumare, abitare, raccogliere) senza rivendicare il relativo diritto.

La costruzione logica ed etico-giuridica della posizione papale, letta nel contesto religioso da cui proveniva, aveva un ulteriore scopo di garanzia dell'ordine pubblico e dell'integrità della fede, che consisteva nell'evitare l'adozione di atteggiamenti eretici.

Difatti, se le azioni individuali, per poter essere giuste, dovevano fondarsi sullo *ius*, un'azione che non possieda legami con esso, sarebbe da considerarsi come un'azione ingiusta. Poiché i francescani asserivano che la loro volontà di privarsi di diritti sulle cose era la stessa manifestata da Cristo nei suoi insegnamenti – e ripresa da Francesco nella sua predicazione – stavano, seguendo l'interpretazione papale, tacciando d'ingiustizia l'essere ontologicamente giusto, cioè Dio.

Perciò, la necessità di attribuire *jura* in rem ai francescani era non solo di tipo teorico, ma aveva una notevole rilevanza pratica.

A sostegno delle tesi francescana intervenne Guglielmo d'Ockham.

Con la propria *Opus Nonaginta Dierum*, secondo Villey (1986, 215), Ockham contribuì a innovare il panorama giuridico. Il suo obiettivo fu quello di mettere a nudo le debolezze della tesi papale riguardo ai temi giuridici. Pur non essendo un giurista, Ockham criticò le definizioni adottate dal Papa e mutate dal linguaggio romano, affermando una propria visione personalizzata dei concetti giuridici e confermando la centralità dell'*ars* definitoria nel diritto.

La principale innovazione apportata da Ockham, che segnò una svolta rispetto al precedente modo di intendere l'essere umano nella sua dimensione morale e giuridica, consistette nel fissare la

coincidenza tra *ius* e potere⁵⁷. Villey (1986, 217) sostiene che questa congiunzione rappresenti la concezione originaria del diritto soggettivo.

Difatti per l'autore, il periodo antecedente ad Ockham si connotava per un modo d'intendere il diritto esclusivamente in senso oggettivo.

Nella propria visione della storia, la tradizione giuridica romana conosceva il termine *ius* ma non lo riferiva al soggetto, bensì alla *res*, equiparandolo ad una *res incorporales* (Villey 1983, 76). Inoltre i giuristi romani non usavano il termine *ius* nell'accezione di un potere che esprime la libertà dell'individuo, attribuendo al soggetto una posizione di vantaggio. Piuttosto, sembrava volesse qualificare situazioni totalmente opposte. A proposito riporta un passo tratto dal Digesto Gaio in cui il termine *ius – ius altius tollendi* – connotava una situazione di svantaggio per il suo titolare (consistente nel non poter sopraelevare la propria casa). Del resto, neanche la filosofia greca, che secondo l'autore aveva contribuito ad influenzare la cultura romana e al fiorire della scienza giuridica, non ammetteva una prevalenza del soggetto nella descrizione delle relazioni sociali. L'assenza di una teoria morale individualista alle spalle del diritto è manifestata dalla concezione di giustizia posseduta dai greci. Nel momento in cui Aristotele definisce l'oggetto della giustizia come la giusta proporzione nella distribuzione di cose e beni tra i membri di un gruppo, che possono essere sia vantaggi che svantaggi (Villey 1983, 47-49), allora non residua alcuno spazio per poter sostenere la possibilità concettuale del diritto soggettivo in periodo ante-Ockham. Villey attribuì agli scritti dei Padri della chiesa l'indebolimento del significato del termine *ius*: da ordine oggettivamente giusto a *Lex* (ovvero precetto giuridico

⁵⁷ Dal sincretismo decadente fra cultura biblica e il linguaggio dei giuristi romani (Villey 1972, 429) escluse Tommaso, che, a parer suo, riuscì a svincolarsi dalle contaminazioni morali e teologiche del linguaggio giuridico, mantenendo una fedele adesione al significato filosofico oggettivo originario. Di Tommaso, Villey apprezza l'approccio realista segnato dal riguardo alla dinamicità e mutevolezza delle cose che non possono essere arrestate dai logicismi statici del diritto. Il diritto deve rendere conto di questa realtà per poter essere efficace; deve essere fluido, dinamico, flessibile in modo da fornire risposte adeguate alle emergenti esigenze di giustizia.

La giustizia muta al mutare delle circostanze e così anche il diritto deve seguirne il corso, poichè solo una norma che sia conforme alla giustizia convoglia l'obbedienza spontanea dei suoi destinatari e può fregiarsi della qualità di diritto autenticamente valido.

naturale che vincola gli individui).

Connotare il diritto come potere consentì innanzitutto di operare delle distinzioni tra posizioni apparentemente omogenee. A partire dall'equivalenza diritto/potere furono definite le caratteristiche del diritto soggettivo: si trattava di una posizione giuridica soggettiva relativamente inalienabile, poiché nessuno poteva esserne privato senza motivo o senza prestarvi il proprio consenso. Inoltre, vi erano posizioni giuridiche individuali dotate di un precipuo fondamento legale positivo, come il *dominium* e l'*usus iuris*. Si trattava di posizioni munite di sanzione, nonché provviste della garanzia di essere giustiziabili attraverso l'esercizio di apposite azioni di tutela.

In questo modo Ockham distinse il diritto da altre posizioni giuridiche come il permesso e la concessione revocabile.

Occorre precisare che sulla base della premessa teorica – di stampo nominalista – secondo cui le parole non sono che segni e il loro uso è convenzionale (Villey 1986, 213), fatta propria da Ockham, si giungeva alla conclusione della relatività dei significati da queste espressi. Il significato delle parole, pertanto, è vario e dipende dal punto di vista di colui che lo usa. Di conseguenza, il contenuto di significato attribuito al potere determina, di volta in volta, la tipologia del diritto, inaugurando una metodologia che sarà successivamente ripresa in epoca moderna.

Ockham restituì vigore alle tesi francescane definendo l'*usus facti* come l'atto di usare una cosa dal mondo esterno, come l'atto di abitare, di mangiare o di bere e affermando che né Cristo né i francescani rinunciarono a queste azioni, né ai poteri connessi.

A questo punto il teologo delinea una bipartizione del concetto di diritto soggettivo. Egli contrappose allo *ius poli*, cioè il permesso o l'autorizzazione che proviene dal cielo, dalla ragione, o dal diritto divino, lo *ius fori*, cioè quella *potestas* che nasce *ex pactioe*, fondata sulla legge positiva e assistita dalla sanzione.

Per Ockham, i francescani hanno sempre avuto lo *ius* sulle loro azioni, ma non si trattava dello *ius fori*, a cui hanno esplicitamente rinunciato, bensì lo *ius poli*.

L'espedito teorico escogitato da Ockham consentì di salvare la posizione francescana. Lo *ius* deve essere rigidamente inteso come un prodotto convenzionale, ma occorre altresì, in ordine alle azioni relative

a un bene, discernere tra una *potestas humana* e una *potestas divina*⁵⁸.

Nell'*Opus* viene effettuato un raffronto tra il linguaggio giuridico romano e quello che sarà il linguaggio giuridico moderno, sintomatico di un processo di transizione culturale.

Il concetto di diritto soggettivo di Ockham è coerente con le premesse nominalistiche cui aderisce il teologo (Courtenay, 26-59). Il nominalismo adotta il punto di vista dell'individuo (Grossi 1972, 1, 287-355). Solo l'individuo è dotato di una concretezza reale, e verso di lui deve tendere la conoscenza. Non soltanto le cose procedono dall'individuo, ma debbono tendervi. Anche l'ordine giuridico. La volontà individuale costituisce una ragione forte per il compimento delle azioni.

Il diritto è posto a servizio dell'individuo, in modo tale da garantirgli la maggiore utilità che può trarre dalla vita, ovvero l'insieme delle condizioni atte a garantirgli una vita libera e autonoma nei confronti degli altri⁵⁹. Quest'approccio era storicamente vigente nell'epoca di Ockham, ove i rapporti sociali erano basati su fasci di poteri provenienti da soggetti dotati un ruolo specifico all'interno della comunità socio-politica come i re, i feudatari e vassalli. Inoltre, i francescani avevano pretese che si collocavano in un'ottica di libertà dell'individuo. Al riguardo Ockham elaborò una filosofia morale dell'azione in cui sottolinea la presenza di c.d. azioni moralmente indifferenti. Si tratta di azioni libere che l'individuo non è affatto tenuto a compiere, ma che compie per amore, praticando la virtù cristiana (De Lagarde 1946, 115).

“L'individuo è (concepito) potenzialità di condotta libera” (Villey 1986, 219), centro d'imputazione di poteri assoluti di cui è titolare in virtù della somiglianza a Dio.

Quindi quella di Ockham è una teoria nominalista, volontarista,

⁵⁸ Questa separazione dei piani del discorso, secondo Villey (1986, 216), svaluta il diritto perché, in definitiva, la giuridicità sarebbe una caratteristica specifica dello *ius fori*.

⁵⁹ De Lagarde (1946) aveva individuato nella filosofia di Ockham un'area di autonomia umana contrassegnata dalla liceità dell'agire; Rommen (1954) attribuiva la paternità dei diritti soggettivi ad Ockham, cui si servirono i teorici del giusnaturalismo moderno.

personalista, utilitarista, monista e totalitaria⁶⁰.

2. Tuck e l'origine gersoniana dei diritti soggettivi

La tesi sulla riconducibilità originaria del concetto di diritto soggettivo al pensiero di Ockham rivendicata da Villey è stata riconosciuta e accettata acriticamente (Berlin 1969, Dumont 1986, 62-66; Golding 1978, 44-49; Melden 1988; Pennock-Chapman 1981, 1-28), salvo essere sottoposta ad uno scrupoloso vaglio critico da alcuni studiosi che, avvalendosi delle fonti medievali sul diritto, dimostrarono come, in realtà, la tesi della paternità del concetto di diritto soggettivo ascrivibile ad Ockham fosse errata.

Il tratto comune a questi autori, nonostante i differenti esiti conseguiti dalle loro argomentazioni, consiste nell'impostazione di un discorso sulla genesi del diritto soggettivo a partire da una

⁶⁰ Il nominalismo generò un atomismo sociale del discorso politico, mentre il volontarismo esalta ad un tempo sia la volontà di Dio, sia quella dell'uomo, conducendo ad una concezione del diritto come mero comando di matrice squisitamente positivista (Villey 1986; De Lagarde 1946; Bastit 1990). Anche l'ordinamento giuridico fu reimpostato a partire dal concetto di diritto soggettivo. Con Ockham si realizzò il passaggio da una forma di pensiero basata sull'ordine naturale all'idea di potere. Il potere divenne principio e origine della scienza del diritto, fondamento di tutto l'ordinamento giuridico. Ockham dedusse un ordine sociale di tipo primordiale in cui i rapporti umani sono concepiti a partire da un sistema gerarchico di poteri e da leggi che promanano da questi poteri. Al vertice dell'ordine gerarchico vi è il diritto soggettivo di Dio, la sua *potestas absoluta*. Subito dopo si trovano gli *iura poli*, le potestà concesse da Dio a ciascun individuo e prive di sanzione; infine i poteri prodotti dal diritto positivo, gli *iura fori*. Questa ricostruzione ha per Ockham sia una valenza normativa, sia una valenza cronologica, giacché in origine ciascun essere umano viveva in uno stato d'innocenza, ove non esisteva alcuna *potestas appropriandi*, ma tutte le cose erano disposte secondo la volontà di Dio, affinché fossero godute in comune. Non esistevano domini individuali, ma solo un dominio collettivo. Con il peccato originale Dio sciolse la comunione dei beni e promulgò la *potestas appropriandi*, unitamente alla *potestas instituendi rectores*, che consisteva nella nomina dei capi affinché venisse creato un sistema ordinato di distribuzione della *potestas appropriandi*. Essi delimitarono le proprietà di modo che potessero coesistere tutte insieme. Le leggi positive presero il posto dell'ordine naturale venuto meno. Quello di Ockham è stato considerato come un positivismo giuridico divino, che nasce dalla volontà divina, così come trasposta nelle sacre scritture, e si consolida nell'ordine temporale con le leggi emanate da un sovrano che esercita il potere in virtù di delega divina o popolare, e ha giurisdizione sulla comunità amministrata.

confutazione delle idee di Villey, evidenziandone le lacune e le incongruità storiche.

Tra questi, Tuck (1979, 7-8) sostiene che la ricostruzione della genesi del diritto soggettivo delineata da Villey è fallace poiché confonde il piano dell'affermazione di un concetto con il piano del tacito possesso dello stesso da parte di una comunità socio-politica.

In particolare l'autore sostiene che Villey non abbia chiarito esaustivamente l'argomento secondo il quale sarebbe impossibile ricavare il concetto di diritto soggettivo in epoca romana, o comunque antecedente al XIII secolo. Villey sostiene che prima di Ockham il termine *ius* era esclusivo indicatore di una realtà oggettiva, e non poteva esprimere quel contenuto soggettivo tipico delle elaborazioni giuridiche moderne, neppure con riferimento ad istituti giuridici apparentemente analoghi come il *dominium*.

La ragione di tale incapacità di identificazione tra *ius* in senso moderno e *ius* in senso romano consiste, secondo Villey, in un differente modo di concepire la realtà presupposta dal diritto: in epoca moderna *ius* era una qualità inerente l'individuo, espressione di una quota della propria sfera morale, mentre, in epoca romana *ius* denotava delle qualità possedute dalle cose (corporali e incorporali – tra cui rientrano gli *jura*) con cui l'individuo entrava in relazione.

Da questa considerazione Villey traeva la conseguente conclusione: poiché situazioni qualificabili con il termine di *dominium* e di *ius*, a causa di un'intrinseca portata semantica inerente alla *res* e non all'individuo, e di un significato di *ius* ancora legato ad una concezione oggettiva di derivazione greca, non sono paragonabili alle situazioni giuridiche soggettive moderne – che invece promanano direttamente dall'individuo –, ne discende che il concetto di *ius* in senso soggettivo non era presente in epoca antica.

Tuck obietta che, sebbene il significato che i romani attribuirono a *ius* fosse differente da quello attribuito dai pensatori medievali e moderni, tuttavia, da ciò non è possibile dedurre, in modo apodittico, che i romani non possedessero il concetto di diritto soggettivo.

Tuck sostiene che in realtà vi erano già in epoca romana delle situazioni giuridiche che, seppur prive del nome “diritto soggettivo”, ne replicavano il meccanismo operativo: egli si riferisce in primo luogo alle

relazioni fra parti legate da una *obligatio*. Avere un'obbligazione implica trovarsi in una posizione dove una delle parti in relazione beneficia degli effetti dell'accordo obbligatorio. Mediante la logica dell'*obligatio* non è il concetto di dovere ad avere una considerazione concettuale preminente, bensì il vincolo che unisce le parti. La titolarità di uno *ius* presupponeva una logica simile (Tuck 1979, 9).

Il *dominium*, concetto caro ai giuristi romani, esprimeva l'idea di un controllo pieno, esclusivo e unilaterale sul proprio mondo fisico, che non appariva così distante dal moderno concetto di *ius*. La tesi dell'equivalenza tra *dominium* e *ius*, e della possibilità di rintracciare il concetto di diritto soggettivo in epoca romana è difesa altresì da Brett (Brett, 1997, 20-22). Inoltre, l'equivalenza tra *ius* e *dominium* fu ampiamente utilizzata dalle argomentazioni addotte dagli stessi francescani per sostenere le proprie ragioni, lasciando intendere come l'identificazione concettuale fosse un dato rivelativo di comprovata esperienza. Peraltro, sia Tuck (1979, 22-24), sia Brett (1997, 50-68) hanno rivelato come l'associazione operata da Ockham tra *ius* e *potestas* possiede implicazioni differenti dall'equivalenza tra *ius* e *dominium*. Brett, in particolare, sottolinea che, mentre l'*usus facti* di Ockham è elaborato in senso neutrale, in quanto non viene ricostruito in correlazione con l'intenzione dell'agente, per la dottrina francescana, l'atto di usare un bene non è neutrale, essendo dipendente dalle intenzioni degli agenti: il *dominus* usa la cosa come propria, il *pauper* nella consapevolezza della sua altruità. Il cambiamento di prospettiva nel modo di utilizzare il concetto di *ius* e dei relativi poteri e figure concettuali milita a favore della tesi dell'innovatività della teoria di Ockham riguardo al diritto soggettivo (Brett 1997, 51).

Dopo aver puntualizzato la debolezza della tesi di Villey, Tuck rigetta la tesi della formulazione compiuta dei diritti soggettivi da parte di Ockham, per attribuirli a un autore del movimento conciliarista, Jean Gerson.

L'intuizione di Tuck nell'attribuire la paternità del concetto di diritto soggettivo a Gerson deriva dal coordinamento dell'indagine storica sul pensiero giuridico con le analisi filosofiche ricavate dal dibattito contemporaneo intorno alla struttura dei diritti attivi e dei diritti passivi.

I diritti attivi sono comunemente definiti come rivendicazioni giuridiche che implicano una sorta di sovranità sulla parte del mondo morale del titolare che ne risulta interessata (Tuck 1979, 6; Hart 1964). Si tratta di posizioni che abilitano il loro titolare a fare qualcosa in prima persona, imponendo sull'altrui sfera morale un dovere di astensioni da qualsiasi atto che possa compromettere il libero esercizio del diritto.

Al contrario, la rivendicazione di un diritto passivo (diritto-pretesa) consiste nella richiesta di ricevere una prestazione che impone agli altri un dovere attivo di adoperarsi per elargire la prestazione dovuta⁶¹.

Tuck ritiene che prima di Gerson le teorie dei diritti soggettivi fossero state imperniate esclusivamente sul genere dei diritti soggettivi passivi, mentre negli scritti di Gerson fu garantita una base teologica anche ai diritti attivi (Tierney 2002, 309)⁶².

Gerson si occupò del significato del termine *ius* nel trattato *De vita spirituali animae* (1402). A riguardo, affermò che: “lo *ius* è una facoltà immediata o un potere che risiede in chiunque secondo il dettame della ragione”⁶³.

Tuck ritiene che con Gerson appaia per la prima volta un accostamento tra il termine *ius* e il termine *facultas*. Non si tratta solo di una semplice assimilazione formale, ma ne discendono conseguenze rilevanti per le successive elaborazione delle teorie giuridiche, politiche

⁶¹ Stando a Tuck (1979, 6): “To have a passive right is to have a right to be given or allowed something by someone else, while to have an active right is to have the right to do something oneself”; sulla relazione tra diritti attivi e diritti passivi (Feinberg 1973, 59,60; MacCormick 2007, 122-130; Pino 2009, 487-506; Waldron 1993; Ferrajoli 2007).

⁶² Peraltro, le osservazioni critiche di Tuck non furono isolate, ma anche altri autori, tra cui Schwarz (1980, 191-200) e Skinner (1989), con riferimento alle questioni dei diritti soggettivi, attribuirono a Gerson la paternità della definizione concettuale del diritto soggettivo.

⁶³ Gerson (1965, 3, 141-142): “Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis...Ponitur “facultas seu potestas”, quoniam multa conveniunt secundum dictamen rectae rationis aliquibus quae non dicuntur jura eorum, ut poena damnatorum, et punitiones vkiatorum; non eim dicimus aliquem jus habere ad ejus nocumentum. Tamen non est penitus alienum a Scriptura Sacra quod ea dicantur jura quae divina providentia sapienter ordinat, sicut I Reg. dicitur quod hoc eris jus regis”.

e morali basate sui diritti. Difatti, poiché la libertà consiste nella facoltà di agire secondo la propria volontà, finché non venga limitata dalla forza o dallo *ius* altrui (Tuck 1979,26) la correlazione *ius/facultas* consentì di rendere ulteriormente netta l'identificazione di *ius* con la *libertas* che sarà un fattore tipico delle dottrine naturali moderne.

Ma Gerson si occupò di *ius* anche nel *De potestate ecclesiastica* (1416), fornendo, oltre alla definizione del termine *ius*, un distinzione tra diritto in senso soggettivo e diritto in senso oggettivo.

In quest'opera lo *ius* continua ad esplicitarsi in una facoltà immediata o un potere universalmente attribuito a tutti gli individui in virtù, non della retta ragione, ma della giustizia primigenia⁶⁴. Il diritto oggettivo, la *Lex*, consiste, invece, nella regola conforme alla ragione.

La differente terminologia impiegata da Gerson nella sua definizione del diritto soggettivo è solo apparente, in quanto l'autore si premura di precisare che in Dio la retta ragione e la giustizia primigenia sono sinonimi (Tierney 2002, 300).

La definizione di *ius* come facoltà o potere fornita da Gerson, tuttavia, non era esclusivo appannaggio del genere umano, piuttosto era una prerogativa che spettava a tutti i componenti del creato in quanto derivati da Dio. Gerson sosterrà l'esistenza dello *ius* a risplendere in capo al sole, o di uno *ius* della rondine a costruirsi il nido⁶⁵. Tuttavia, Gerson stesso giunge a postulare un diverso atteggiarsi dello *ius* con riguardo agli esseri umani, che diversamente

⁶⁴ Gerson (1965, 6, 242): "Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae".

⁶⁵ Gerson (1965, 3, 141-142): "Et daemones dicimus habere jus ad punitionem damnatorum. Ponitur "propinqua" quoniam multa possunt alicui competere secundum dictamen rectae rationis...ut existens actualiter in peccato mortali habet potestatem seu facultatem merendi vitam aeternam, non tamen propinquam vel, ut dici solet, non secundum praesentem justitiam...Dicamus ergo quod omne ens positivum quantum habet de entitate et ex consequenti de bonitate, tantumdem habet de jure sic generaliter definito. In Hunc modum coelum jus habet ad influendum, sol ad illuminandum, ignis ad calefaciendum, hirundo ad nidificandum, immo et quaeliter creatura in omni eo quod bene agere naturali potest facultate. Cujus ratio perspicua est: quoniam omnia talia conveniunt eis secundum dictamen rectae rationis divinae, alioquin nunquam persisterent. Sic homo etiam peccator jus habet acceptio ad multa sicut et aliae creaturaenaturis suis derelictae...Contractior tamen est ejus acceptio apud polizantes, ut jus dicatur solium de illis quae competunt creaturis rationalibus ut utuntur ratione".

dal creato di natura irrazionale, godevano di qualità razionali che gli consentivano di partecipare alla ragione divina. La ragione umana, nella sua forma più elevata di coscienza, permetteva all'uomo di discernere i principi morali universali del bene e di ricavare da questi delle regole comportamentali di dettaglio cui obbedire. La legge divina trasposta nelle sacre scritture era accessibile all'uomo, anche sottoforma di legge naturale mediante lo sforzo intellettuale⁶⁶.

Quando Gerson si occupò di *dominium*, forte della propria posizione concettuale, si oppose a tutte quelle tesi che negavano la possibilità di correlare il *dominium* con il concetto di *facultas*, collegandolo, piuttosto, al concetto di *auctoritas*.

Gerson elaborò una teoria del *dominium* e delle relazioni giuridiche a partire dalla categoria di *ius*, concepita secondo la propria visione personale, in qualità di titolo legittimo all'esercizio di determinate facoltà previste da un sistema normativo presupposto. Inoltre, la sua posizione si collocava all'interno della disputa relativa al rapporto tra individuo peccatore e titolarità di beni (Dawson 1983, 315-344)⁶⁷.

A proposito di *dominium*, Gerson (1965, 3, 144-157) elaborò una tripartizione della proprietà distinguendo tra: un *dominium* umano, un *dominium* evangelico e un *dominium* naturale. Dei tre istituti giuridici solo il *dominium* evangelico poteva essere perduto cadendo in peccato. Si trattava di un diritto inquadrato all'interno di un legame specifico tra il cristiano e la sua comunità e seguiva le indicazioni tipiche della

⁶⁶ Gerson (1965, 3, 135): "Lex vera naturalis innitur dictamini rationis". Questo tipo di argomentazione basata sui diritti individuali servì al teologo per trovare un rimedio alla congerie, spesso confusa, di vincoli giuridico-morali – tra prescrizioni divine e regolamenti umani, canoni dei papi e dei concili, regole degli ordini religiosi, editti di imperatori e principi – che impedivano alle persone di poter condurre una vita spirituale autentica. La dottrina gersoniana dello *ius* aveva lo scopo di sciogliere i "lacci e laccioli" che imprigionavano la libertà cristiana con "oneri servili". Il cristiano aveva il dovere di seguire la legge divina e naturale. Per poter adempiere il proprio dovere ed evitare di restare imbrigliato nelle maglie della proliferazione normativa "aveva bisogno di una facoltà o potere innato attraverso i quali conoscere la legge e obbedirla" (Tierney 2002, 324).

⁶⁷ Tra i partecipanti alla controversia, Fitzralph negava che un individuo privo della grazia divina, cioè un peccatore, potesse esercitare una qualsiasi forma di autorità legittima sulla terra. Wycliff, successivamente, estremizzava questa posizione estendendo la qualità di peccatore anche ai capi della chiesa. In questo modo asseriva la perdita dei domini ecclesiastici sulla chiesa e suoi beni relativi, avanzando, del pari, una richiesta nei confronti del potere temporale diretta a espropriare i beni della chiesa poiché detenuti senza titolo.

morale cristiana: dalla violazione delle prescrizioni divine, non godendo più del favore di Dio, l'uomo veniva altresì privato di poteri e attributi tipici della propria qualità di cristiano.

Diversamente, il *dominium* umano, che si basava sul diritto umano, e consisteva nel potere di prevenire e reprimere le condotte che minacciassero o violassero la propria sfera soggettiva, nonché tutte le altre prerogative connesse con l'esercizio del diritto di proprietà, era un istituto che permaneva in vigore anche fra i peccatori.

Infine il *dominium* naturale, inteso come quella forma di appropriazione, oggetto di donazione divina, che consentiva all'uomo, in virtù delle qualità razionali, di assoggettare al proprio potere le cose inferiori e di usarne per la propria sussistenza.

La perdita del *dominium* evangelico per condotta peccaminosa non aveva alcun riflesso sulla dimensione umana, e su quella naturale, trattandosi di istituti posti in regime di reciproca indipendenza. Né nei confronti del diritto civile, che consentiva la perdita dello *ius* sulla base di istituti giuridici di diritto umano, come la conclusione di una convenzione di trasferimento di un bene, o in esecuzione di un provvedimento giudiziale, ma non perché si commetteva peccato. Né verso il diritto naturale, poiché il racconto biblico dimostrava che anche Adamo continuò a mantenere una forma di *ius* sulle cose anche dopo la caduta, in ossequio a quella libertà che caratterizzava la natura umana. Su queste premesse Gerson ipotizzò un diritto naturale soggettivo inalienabile, che si conservava nella transizione tra l'innocenza e il peccato e che consisteva nel diritto ad appropriarsi delle cose essenziali all'autoconservazione, restando integro anche se l'uomo rinunciava al possesso civile. La dottrina della proprietà comune originaria, formulata dai teologi, ritornava ad affermare la propria forza argomentativa.

La tesi di Gerson è fondamentale per gli sviluppi teorici successivi, poiché, se il *dominium* include il concetto di *facultas*, e la *facultas* include quello di *libertas*, allora il *dominium* è una forma di manifestazione della *libertas*, tipica dei diritti soggettivi naturali.

3. Tierney e i canonisti del XII e XIII secolo

Interrogandosi sulle declinazioni storiche assunte dal termine *ius*, nella sua accezione oggettiva e soggettiva, e sul senso del termine natura, principalmente riferito ad una qualità intrinseca che inerisce ciascun essere umano, Tierney (2002) giunge a rintracciare l'origine del concetto di diritto soggettivo in epoca ancor più remota di quella individuata da Villey e Tuck, smontando la consistenza delle loro posizioni teoriche.

Nella giurisprudenza canonistica del XII secolo, con le opere dei decretisti medievali, si manifesta la transizione da un sistema giuridico che usava il termine *ius* per descrivere un ordine oggettivo delle cose, giusto, equilibrato, e armonico, ad una prerogativa individuale che identificava una sfera d'autonomia per il suo titolare, legata al possesso della ragione e alla capacità di discernimento morale che da questa derivava.

Tierney rileva che nell'epoca considerata, la società medievale utilizzava il linguaggio dei diritti per esprimere le pretese e le rivendicazioni politiche, sociali e morali. Rivendicazioni giuridiche nella forma di diritti erano ascrivibile al potere spirituale per pretendere il riconoscimento della propria autorità nei confronti del potere temporale e viceversa.

La giurisdizione esercitata dai signori feudali contemplava l'esercizio dei connessi poteri di amministrazione, di riscossione di tributi, di risoluzione delle controversie e riparazione dei torti.

L'uso invalso di formulazioni giuridiche in termini soggettivi era sintomo di una peculiare impostazione della dimensione morale presupposta dal diritto. Il linguaggio dei diritti costituiva la veste giuridica di una concezione morale individualista che, a dispetto di quanto sostenuto da Villey con la rivoluzione occamista, era presente nel XII secolo.

Tierney parla di un "rinascimento" del XII secolo, ove si manifesta una singolare preferenza per l'individuo che si concretizza nel recupero dell'autorità del diritto romano e la sistematizzazione del diritto canonico nel *Decretum Gratiani* (Gratiano 1993) del 1140 a.C.

Gli istituti giuridici erano permeati da un atteggiamento

individualista, collegando l'operatività dei meccanismi giuridici al consenso e alla volontà individuale. Ad esempio, per la valida costituzione dei rapporti giuridici matrimoniali era sufficiente prestare il consenso dei nubendi; in materia contrattuale la dichiarazione di volontà di un soggetto era produttiva di effetti giuridici idonei a legare in un vincolo i soggetti coinvolti; in materia penale non erano sconosciuti i sistemi di attribuzione della sanzione modulati sulla base dell'elemento soggettivo dell'autore del reato (Berman 1998).

Il diritto risentiva delle elaborazioni di teologia morale che derivavano il valore morale dell'azione dall'intenzione individuale – come emergerà anche in Ockham successivamente (McGrade 1974, 185-189).

Le testimonianze addotte da Tierney a sostegno delle proprie posizioni teoriche sono rappresentate dal *Decretum* di Graziano, e, in modo particolare, da opere di giurisprudenza canonistica prodotte intorno al *Decretum*.

I concetti giuridici, gli istituti, i termini impiegati nell'opera di Graziano furono oggetto di analisi e specificazione da parte dei decretisti medievali, che ne attualizzarono i contenuti, adeguandoli alle esigenze del tempo. Perciò, non dovrebbe stupire se, all'interno di un contesto culturale attraversato da venti d'individualismo, la soggettivizzazione del diritto iniziò a manifestarsi in quest'epoca.

Uno dei concetti che fu oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi del diritto fu quello di *ius naturale*. L'esaltazione del valore del diritto naturale era frequente nel *Decretum*, di cui si predicava l'autorità originaria. Tuttavia, l'impiego del concetto in contesti linguistici diversi e dal contenuto spesso conflittuale con altri luoghi in cui veniva adoperato, condusse ad una proliferazione di elaborazioni dottrinali rivolte a determinare il significato dello *ius naturale*.

Proprio dall'esigenza di chiarificazione terminologica scaturirono le prime forme di *ius* adoperato in un senso soggettivo.

Una delle prime e significative formulazioni sostanziali di *ius* attraverso la nozione di potere soggettivo fu elaborata da Rufino.

Rufino (1160), un teorico del diritto naturale che nelle sue dissertazioni teoriche si avvaleva dell'ipotesi teologica relativa alla

contrapposizione tra uno stato di cose primitivo in cui esisteva l'essere umano innocente, ed uno stato di cose successivo alla caduta dalla grazia di Dio, dominato dall'istinto naturale e da un residuo giuridico che abilitava gli uomini a stipulare accordi e a dotarsi di un embrionale corpo di regole, propose una concezione del significato dello *ius* naturale di matrice graziana, espressivo di una diversa consapevolezza intorno all'individuo.

Rufino sosteneva che “lo *ius* naturale è una certa forza (Tierney 1992, 549-558) istillata dalla natura in ogni creatura umana che spinge a fare il bene e ad evitare il male”.

L'identificazione di *ius* come forza legittima (potere) posseduta da ciascun essere umano non era un caso isolato. Tierney riporta altri casi in cui *ius* naturale consisteva in una prerogativa soggettiva di carattere potestativo riconosciuta al genere umano in virtù delle specifiche qualità razionali che lo distinguono dalle altre creature, tra cui spicca quella di Sicardo da Cremona – il quale asserì che lo *ius* è detto naturale per via della natura umana, che è una certa forza o potere naturalmente istillato nell'uomo (Wiegand 1967, 184) – in cui sono evidenti le analogie con le concezioni moderne dei diritti ⁶⁸.

In questa congerie di testi giuridici Tierney, a ragion veduta, colse quella rivoluzione semantica che erroneamente Villey attribuì ad Ockham, mediante la quale fu attuato un processo di soggettivizzazione del diritto oggettivo. Lo *ius* naturale non fu inteso più solamente come *vis* stoica che pervadeva l'intero universo e abilitava l'individuo a discernere le regole del diritto naturale (Horowitz 1974, 3-16), ma anche come capacità soggettiva inerente ciascun individuo.

Le dissertazioni dottrinali sul concetto di *ius*, oltre a porre l'enfasi sull'aspetto della forza legittima che alberga nell'uomo, denotavano una qualità morale dell'individuo: la sua libertà.

⁶⁸ Sull'argomento (Wiegand 1967, 161-216) vengono altresì citati i passi di Oddone di Dover (1170) per cui lo *ius* naturale è una certa forza divinamente ispirata nell'uomo per mezzo della quale questi è portato a fare ciò che è giusto ed equo”. Simone di Bisignano scrisse che “lo *ius* naturale viene definito come una forza della mente (...) la parte superiore dell'anima, ossia la ragione che è chiamata *synderesis*”. Ricardo Anglicus sosteneva che lo *ius* naturale coincideva con la retta ragione, la parte superiore dell'anima; Ugucione identificò lo *ius* con la ragione, cioè una forza naturale dell'anima.

Nel seguito della propria trattazione sul significato di *ius* naturale, Rufino procedeva ad operare una distinzione tra le forme che avrebbe potuto assumere lo *ius* naturale, distinguendo tra uno *ius* naturale prescrittivo, consistente in un complesso di comandi; uno *ius* naturale interdittivo, composto da proibizioni, e uno *ius* naturale permissivo, costituito da permessi (*dimostrationes*). Nell'area delle *dimostrationes* ricadeva tutto ciò che non era né comandato né proibito, tra cui la libertà e una delle sue forme di manifestazione, ossia la proprietà.

Il tema della proprietà era rilevante per un teologo del tempo, giacché sussistevano non pochi conflitti teorici fra la dottrina teologica della proprietà comune e la dottrina civilistica della proprietà privata.

Nel *Decretum* di Graziano, il diritto di natura possedeva un'autorità suprema in quanto costituiva il contenuto delle regole divine espresse nella Legge e nel Vangelo. Tra i precetti del diritto naturale, oltre l'unione tra uomo e donna, la procreazione, la restituzione di mutui e depositi, vi era il possesso comune di tutte le cose. Inoltre, era pacifico che in caso d'incompatibilità tra comando naturale/divino e comando umano il conflitto andava risolto in favore della prima dimensione della normatività. Come giustificare allora la proprietà privata se la regola naturale sembrava prescrivere esclusivamente la proprietà comune?

Un'applicazione rigida delle idee giuridiche di Graziano avrebbe condotto alla nullità dell'istituto umano della proprietà, posto che ogni atto contrario al diritto naturale avrebbe dovuto essere dichiarato nullo. La possibilità di scomporre il contenuto del diritto naturale, ipotizzando un'area di vuoto di prescrizione, permise di considerare la proprietà privata un modo di esercizio lecito del proprio potere.

Rufino scrisse che il diritto naturale non ammetteva deroghe in tema di comandi o proibizioni, tuttavia da esso si poteva prescindere “per quel che riguarda le *dimostrationes*, che la natura non comanda né proibisce, ma dimostra come essere buone, è ciò vale soprattutto per la libertà di tutti e per la proprietà comune, giacché oggi, in base al diritto civile, questo schiavo è mio, questo campo è mio” (Weigand 1967, 307-361).

Sull'idea di *ius* naturale come una sfera di azione lecita riconosciuta da un diritto oggettivo naturale permissivo vengono inoltre riportati i passi contenuti in opere inglesi come la *Summa in nomine* che,

descrivendo lo *ius* naturale come la capacità di discernere tra ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, ne deduceva un'identificazione con la facoltà.

Quest'idea di libertà si basava su un precedente teologico e su una contrapposizione giuridica. Il precedente teologico era rappresentato dalle parole dell'apostolo Paolo che, nella prima lettera ai Corinzi, dicendo espressamente "tutte le cose sono lecite per me", permise la possibilità di elaborazioni teoriche successive che estesero "l'essenzione dei cristiani dai precetti rituali giudaici per farne una dottrina delle libertà naturali" (Tierney 2002, 105).

L'idea della presenza di una sfera autonoma d'azione nasce dalla contrapposizione tra *ius* e *fas*. Considerato che nel *Decretum ius* era la legge umana e *fas* quella divina, progressivamente la parola *fas*, mediante il pensiero di Isidoro di Siviglia, denotò una situazione di permesso, di liceità dell'azione.

Dagli sviluppi intorno al tema della proprietà, della libertà, della forza, e del senso soggettivo del diritto, si assistette al proliferare di idee che sarebbero divenute centrali nel pensiero giuridico, etico e politico del sei-settecento (diritto di autoconservazione, modi d'intendere il rapporto tra uomo e cose ecc...).

4. Il tramonto della teoria di Villey sull'origine del diritto soggettivo

Sulle stesse premesse di Tuck, Tierney si è occupato del concetto di diritto soggettivo e delle sue origini, contestando, innanzitutto, l'assunto secondo cui Ockham sarebbe stato il padre delle teorie dei diritti naturali moderni. Tierney riconosce il valore intrascurabile del lavoro condotto da Villey per dimostrare la paternità dei diritti naturali ad Ockham, tuttavia ritiene che sia necessario altresì smontare il dogmatismo che si è sviluppato attorno a questa idea, analizzando criticamente le varie fasi in cui si snoda l'argomentazione di Villey, ponendola a confronto con l'esperienza medievale anteriore ad Ockham.

Tierney, innanzitutto, rileva la fallacia nel ragionamento di Villey per cui, dalla circostanza in virtù della quale la terminologia del diritto

soggettivo era assente nella civiltà romana classica, allora ne derivava anche l'assenza di un concetto di diritto soggettivo. Tierney replica adducendo una serie di ipotesi. Innanzitutto Villey non illustra adeguatamente se esistevano in epoca romana altre relazioni giuridiche che, seppur non qualificabili lessicalmente in termini di *ius*, tuttavia, possedevano le caratteristiche di relazioni basate sul diritto soggettivo. Pertanto, non è fuori luogo l'ipotesi secondo la quale i giuristi romani avrebbero potuto possedere un concetto di *ius*, magari più sviluppato di quello a cui ci si riferisce comunemente (Pugliese, 1953, 223-260). Altra ipotesi è rappresentata dal fatto che Villey abbia eccessivamente circoscritto il proprio campo d'indagine escludendo volontariamente elementi idonei a confutare la propria tesi. Potrebbe aver commesso l'errore di negare l'esistenza dei diritti soggettivi applicando uno schema di pensiero tipicamente moderno ad un'epoca diversa e risalente nel tempo (Gewirth 1978, 372; Tierney 2002, 34)⁶⁹.

Inoltre, la separazione tra *ius* e *dominium* non era così netta, come volevasi ritenere. Entrambi i concetti erano utilizzati per descrivere la relazione giuridica con un bene. Ernst Levy (1951, 63) rivelò che la netta contrapposizione iniziale tra *dominium* e *ius in re aliena* si dissolse nel corso del tempo. Tierney (2002,35), inoltre, riporta un passo di Gaio e ne reinterpreta il contenuto al fine di sostenere una confusione tra *ius* e *dominium*, in ordine alla relazione giuridica che intercorreva tra schiavo e padrone.

Tierney ritiene che gli errori commessi da Villey siano il frutto di un'impostazione di tipo strutturalista, per cui le relazioni hanno più importanza delle occorrenze e di un atteggiamento arbitrario.

L'impostazione strutturalista di Villey è dimostrata dal modo in cui lo stesso autore concepisce la formazione delle idee giuridiche e politiche. Difatti sottolinea come le nozioni giuridiche non nascano in virtù di un processo riflessivo indipendente da altri ambiti del sapere, bensì sono la forma di idee metafisiche di sfondo. Si tratta di schemi di pensiero che, per quanto riguarda il diritto romano, sono il portato della filosofia greca, mentre per quanto riguarda il diritto moderno

⁶⁹ Venendo meno al proprio proposito di smascherare i fraintendimenti intorno alla comprensione dei concetti giuridici causati dalla dipendenza delle opinioni dal linguaggio (Villey 1983,17).

sono influenzate dalla filosofia nominalista di Ockham: la filosofia precede il diritto (Villey 1983, 37). Il diritto è una qualità peculiare, che si applica a delle entità esterne. Secondo Villey (1981, 411-418) il diritto romano è costruito intorno ad una serie di concetti che sono differenti da quelli solitamente utilizzati nel linguaggio moderno e contemporaneo. In tal senso, Villey non starebbe errando nel sostenere l'inesistenza di un sistema giuridico basato sui diritti all'interno di rigidi schemi di relazione predefiniti. Questa tesi si basa sulla dipendenza del linguaggio dal contesto culturale di riferimento che conduce a negare una similitudine tra i contenuti semantici espressi in epoca romana e quelli adottati ai giorni nostri.

Sebbene plausibili, queste tesi non dimostrano che la parola *ius* non potesse significare diritto in alcune forme del discorso.

Tierney accusa Villey di aver impostato una discussione sui diritti parziale, legata ad una metodologia di ricerca e analisi delle fonti viziata da intenzioni arbitrarie. Villey, per Tierney, avrebbe selezionato e raccolto il materiale più confacente ai propri scopi e, senza considerare altri testi, magari inopportuni alle proprie ricostruzioni storico-concettuali, elabora una teoria giuridica fallace (peraltro, la critica in questione sarà confermata in seguito da Villey, che ammetterà l'impossibilità di provare che nell'antica Roma il concetto di diritto soggettivo non sia mai esistito). Villey (1950, 187-225) giunge addirittura a revisionare i propri postulati ammettendo l'esistenza del concetto di *ius* nel diritto del tardo impero e negli scritti dei glossatori medievali (concetto che tuttavia, a parere dell'autore, era ancora poco adeguato alle richieste del concetto moderno)⁷⁰.

Tierney, pur riconoscendo il valore delle tesi di Villey ed esaltandone

⁷⁰ La disputa fra papato e ordine francescano – come visto – conobbe il proprio apice nelle persone di Papa Giovanni XXII e di Ockham, che, tuttavia, s'inserirono in un dibattito dottrinale già avviato in precedenza. Erveo Natale attribuiva a ciascun essere umano l'uso di fatto di usare una cosa, che sussisteva nella misura in cui fosse fondato su un potere legittimo; Marsilio da Padova e Bonaventura ammisero la separabilità tra uso e *dominium*, il primo facendo leva sul valore del consenso del proprietario che, se prestato, attribuiva al terzo soltanto l'uso, ma non la proprietà, mentre il secondo ricorreva alla legge di carità e giustizia. Anche Niccolò III, perorando la causa dei francescani, riconosceva la legittimità delle loro richieste poiché fondate su una legge celeste permissiva che ammetteva il diritto (naturale) di ciascuno ad appropriarsi delle cose in caso di necessità, che apparteneva allo stile di vita di Cristo e degli apostoli.

l'intelligenza e la plausibilità argomentativa, oppone un'ulteriore obiezione che investe gli aspetti più significativi della tesi di Villey.

L'obiezione è scomponibile in due linee critiche.

Secondo una prima linea critica, non è evidente che le teorie dei diritti siano dipendenti da premesse filosofiche occamiste, cioè la tesi per cui la teoria dei diritti può nascere solo in un contesto morale segnato da uno spiccato egoismo e da una decadenza concettuale generata dall'applicazione di categorie di pensiero religiose al diritto.

Innanzitutto, il realismo moderato di autori come Aristotele e Tommaso che affermava l'esistenza di enti individuali nel mondo esterno può ben essere compatibile con i diritti individuali (Gillet 1927; Wulf 1920, 341-357; Viola 2009, 72). Inoltre, la critica di Ockham non esclude un interesse per la giusta proporzione nelle relazioni tra persone e tra le persone e le cose (il teologo si occupò dei rapporti tra impero e papato, governanti e sudditi, persone e proprietà).

Ancora, non è dimostrato che tra le teorie di Ockham e la sua filosofia nominalista ci sia una connessione necessaria⁷¹. Questa obiezione è basata sulla tesi di Zuckerman, (1973, 579-594) secondo cui i tentativi moderni di mettere in relazione le teorie politiche medievali con le dottrine metafisiche implicano degli errori logici.

Uno sguardo agli esponenti della seconda scolastica conferma le tesi della separabilità tra nominalismo e teorie dei diritti, in quanto le premesse sui cui erigono le proprie impalcature concettuali in tema di diritti erano di tipo tomista.

⁷¹ Recenti ricerche analitiche sul pensiero di Ockham hanno peraltro posto in dubbio la centralità del volontarismo nelle tesi di Ockham; piuttosto si dovrebbe riconoscere un significativo contributo in funzione razionalista alle questioni morali (Brett 1997, 50-68; Kilcullen 1993; Mcgrade 1974). Persino Tierney (2002) giunge a riconoscere ad Ockham un contributo innovativo al pensiero giuridico ed etico-politico, considerando che l'approccio razionalista del filosofo gli consentì di trattare il concetto di *ius poli* in duplice accezione, sia oggettiva sia soggettiva, a fronte della comune necessità di derivare la dimensione soggettiva da quella oggettiva (l'argomentazione di Ockham è giustificata appellandosi alla retta ragione, che presuppone la concezioni di un essere umano libero, razionale e moralmente responsabile); per Ockham la corretta conoscenza delle nostre obbligazioni, o l'atto di giudicarne il contenuto coincide con la *recta ratio* (Clark 1973). L'obbligatorietà della verità morale si manifesta nel momento della conoscenza della richiesta morale da parte dell'agente. Quando Ockham collega i diritti naturali alla ragione sta ponendo l'accento sulla capacità umana di discernere il bene dal male.

La seconda linea critica assume l'indifendibilità dell'opposizione tra il concetto di *ius* in senso classico con il concetto di *lex* giudaico-cristiana e i diritti soggettivi. La polivalenza del termine *ius* era già assodata in epoca classica, in cui veniva usato per indicare sia un ordine oggettivamente giusto (*dikaion*) sia un corpo di precetti giuridici e morali (*lex*). La coesistenza dei significati del termine è dovuta alla loro complementarità considerato che una determinata situazione avrebbe potuto essere considerata tanto nell'uno quanto nell'altro senso⁷². Per rafforzare la propria argomentazione sul punto, Tierney (2002, 56) propone l'esempio del rapporto tra genitori e figli che può essere definito sia nei termini di una relazione oggettivamente giusta, sia nei termini di un precetto morale ("onora il padre e la madre"), sia in termini di diritti individuali (si può sostenere che i genitori hanno il diritto di essere rispettati dai loro figli, su cui ricade il correlativo dovere di obbedienza).

Questo implica due conseguenze rilevanti: in primo luogo un ordine oggettivamente giusto delle relazioni umane può essere configurato sulla base di una struttura dei diritti e doveri. Se i classici ponevano l'accento sul dovere piuttosto che sui diritti, è dovuto alle circostanze contingenti di natura economica, sociale e politica nonché all'intenzione dell'autore. L'accento può cadere in uno (diritto) o l'altro (dovere) dei termini delle relazioni, in considerazione di fattori storicamente determinati.

⁷² Sull'argomento Tierney critica la tesi di Villey che estromette Tommaso D'aquino dal sincretismo decadente medievale. Tierney obietta che in realtà i concetti di *ius* come ordine giusto e come precetto morale non sono stati accuratamente distinti da Tommaso, che in alcuni passi della *Summa* li utilizza in maniera intercambiabile. Ciò, al contrario delle convinzioni di Villey, è dovuto all'influenza che Isidoro di Siviglia esercitò su Tommaso, da cui quest'ultimo attinse per esprimere il proprio pensiero. Sebbene Villey sostenga che Tommaso non stesse usando il proprio linguaggio, tuttavia, Tierney (2002, 45) rileva la grande riverenza di Tommaso nei confronti di un'autorità riconosciuta come era quella di Isidoro, ad indicarne una implicita adesione. Ciò parrebbe indirizzare verso l'ipotesi secondo cui Tommaso seguiva l'uso linguistico comunemente praticato, in cui i termini *ius* e *lex* potevano essere usati in varie accezioni senza premurarsi alle volte di distinguerne i contenuti specifici. Quello che fece Tommaso fu l'operazione di associare le dottrine del diritto romano e dei canonisti al proprio modo d'intendere il diritto naturale che ebbe dei ritorni sulle dottrine dei canonisti, in un'ottica di reciproca interazione.

Neanche potrebbe paventarsi una contraddizione tra la *lex* e i diritti soggettivi. Villey aveva già rilevato l'esigenza di contenere l'aspetto individuale in una cornice oggettiva, sempre di matrice volontarista, facendo derivare i diritti individuali da una forma peculiare di legge naturale. Tutti gli esseri umani sono dotati di diritti in virtù di una legge naturale permissiva, che si affianca alla legge naturale interdittiva e alla legge naturale prescrittiva. Tierney invece ritiene che i diritti possano coordinarsi anche con le altre forme della legge naturale. Imporre un divieto implica riconoscere un diritto altrui (vietare di rubare implica il riconoscimento del diritto all'acquisizione e godimento della proprietà).

Perciò, non è corretto quanto sostenuto in principio circa l'asserita incompatibilità della nozione di diritto soggettivo con il diritto naturale classico (Habermas 1973; Macpherson 1962; MacIntyre 1981 ; Shapiro 1986; Strauss 1990; Villey 1986), piuttosto i diritti soggettivi naturali possono (secondo un certo modo d'intenderli) coerentemente integrarsi con la tradizione del diritto naturale (Maritain 1988; Finnis 1996).

5. Critiche alla ricostruzione offerta da Tuck

Nemmeno i risultati cui giunse Tuck sono esenti dalle critiche di Tierney. La presunta innovatività delle tesi di Tuck sull'origine gersoniana dei diritti è smentita dalla validità e quantità di fonti storiche riportate da Tierney. Secondo l'autore, l'originalità attribuita a Gerson non può riferirsi al linguaggio giuridico utilizzato nelle sue opere, ivi incluso il contenuto semantico espresso. Semmai, il pensiero di Gerson può essere considerato originale nella misura in cui adotta uno stile lessicale pregresso applicandolo alle questioni del suo tempo.

Già nelle opere dei canonisti del XII secolo è possibile rintracciare un uso del termine *ius* come sinonimo di facoltà, di potere e di forza. Peraltro, l'identificazione tra diritto e potere rievoca Ockham, mentre la conformità alla retta ragione le tesi tomiste.

Queste critiche non sarebbero idonee a indebolire la tesi di Tuck se, secondo quanto sostenuto dall'autore, quella di Gerson possa effettivamente intendersi come una teoria innovativa dei diritti

basandosi sull'assunto secondo cui, ponendosi in antitesi con il passato, si presentasse come una teoria dei diritti attivi.

Le teorie dei diritti passivi furono etichettate come antigersoniane, mentre con l'aggettivo "gersoniane" furono qualificate quelle sui diritti attivi.

Tuck ha cura di connettere la teologia di Gerson con le tesi sul diritto, indagando altresì sulle fonti giuridiche del XII e del XIII secolo, ma fraintendendone il significato.

Tuck sosteneva che prima di Gerson i diritti fossero concepiti esclusivamente come diritti/pretese passivi. Questa convinzione maturava dall'osservazione delle attenzioni che la chiesa rivolgeva ai bisognosi, i quali, avanzando richieste dirette a ricevere delle prestazioni, favorirono il fiorire di schemi logico-giuridici basati sulla categoria della pretesa.

Eppure, rileva Tierney, la passività non esaurisce lo spettro morale delle rivendicazioni dei soggetti indigenti. Difatti, in caso di necessità questi avevano dei diritti attivi alla propria autoconservazione che gli attribuivano il potere di appropriarsi di ciò che era necessario a soddisfare i propri bisogni.

Questo era il più significativo dei diritti attivi, ma non l'unico. In una branca del diritto canonico, come lo *ius* episcopale, inteso quale complesso di prerogative legali esercitate dai vescovi, le attività di predicazione, amministrazione e giudizio erano manifestazioni di posizioni soggettive giuridiche attive di cui poteva disporre il vescovo per dedicarsi alla cura della propria comunità.

Ancora, i diritti passivi che Tuck ascriveva ai precursori di Gerson, erano presupposto per l'esercizio di azioni giudiziali di tutela di posizioni sostanziali che non potevano non essere considerati diritti attivi. Per i canonisti il diritto coincideva con l'*actio* esperibile in giudizio per la difesa di una propria prerogativa, una posizione attiva che fissava in un periodo storico anteriore la presunta innovatività delle posizioni gersoniane.

L'errata ricostruzione di Tuck in ordine al decisivo contributo di Gerson è da ricondursi, sulla scorta delle argomentazioni di Tierney, ad una visione parziale e superficiale del contesto storico ove presero forma le idee di Gerson.

Sulla base della necessaria connessione semantica tra teorie dei diritti e fenomeni contingenti, sostenuta a più riprese da Tierney (2002, 306), la comprensione della posizione di Gerson passa, conseguentemente, attraverso la comprensione del movimento conciliare (Connolly 1928; Morrall 1960, Pascoe 1973).

Questa corrente nacque come reazione allo scisma d'occidente che scoppiò nel 1378, ove il soglio pontificio era contemporaneamente conteso da diversi uomini sino al punto da affermarsi la coesistenza, nello stesso momento storico, di diversi sedicenti papi. Nel decreto *Haec Sancta* (1415) erano contenuti, tra l'altro, gli scopi del movimento conciliarista, consistenti nel trovare una soluzione allo scisma religioso, nella riforma della chiesa, nel capo e nelle membra, e nella difesa e rinvigorismento della fede cattolica. Gerson, che fu uno degli esponenti principali del movimento, cercò di perseguire gli obiettivi dell'atto promulgato in occasione del concilio di Costanza.

Innanzitutto, Gerson individuò nella *via concilii* (via del concilio) il mezzo per contrastare le pretese papali e ricompattare la chiesa intorno ad un indirizzo comune⁷³.

Al fine di arginare l'abuso di potere da parte del papa, Gerson volle dimostrare che il potere di un'assemblea di uomini, dotati di un particolare *status*, come un concilio generale, era di gran lunga maggiore di quello detenuto dal papa, mediante l'impiego della terminologia giuridica di matrice soggettiva.

Gerson (1965, 6, 242) si servì del linguaggio dei diritti individuali per attribuir loro autorità e spiegare il contenuto dei loro poteri: "i preti sono prelati minori della chiesa (...) ai quali spetta in ragione del loro *status*, il diritto di predicare, il diritto di confessare, il diritto di

⁷³ La supremazia della giurisdizione ecclesiastica era sostenuta anche da coloro che peroravano la causa dei frati mendicanti. Anche qui l'occasione per il fiorire delle teorie di Gerson fu la risposta da dare alla vetusta disputa relativa al rifiuto opposto dai vescovi e dai preti nei confronti dei frati che cercavano di entrare nei luoghi da costoro amministrati per predicare. Secondo i sostenitori della tesi francescana, poiché i vescovi e i preti avevano un'autorità subordinata e derivata da quella papale, non potevano autonomamente e lecitamente opporsi alle richieste dei frati, la cui opera era stata autorizzata dal papa. Gli episcopali, invece, sostenevano che in tal modo il papa avrebbe alterato l'ordine istituito e imposto da Cristo alla Chiesa cattolica, nella quale l'autorità non era posseduta solo dal papa in quanto successore di Pietro, ma anche dai vescovi, in quanto successori degli apostoli, e dai preti, in quanto successori dei discepoli.

somministrare i sacramenti, il diritto di dare sepoltura, e anche il diritto di ricevere le decime e gli altri diritti parrocchiali”.

La preferenza per una vita associata della comunità ecclesiastica passava necessariamente per la difesa delle prerogative individuali dei singoli membri.

Questo frammento contiene due implicazioni rilevanti: in primo luogo Tuck si sbaglia nell'esaurire la teoria dei diritti di Gerson in una teoria dei diritti attivi, separandola dalle teorie dei diritti passivi etichettate come antigersoniane.

Infatti non si può non rilevare come i compiti dei preti siano formulati sia sottoforma di diritti attivi (predicare, confessare, somministrare i sacramenti) sia sottoforma di diritti passivi (ricevere le decime).

Peraltro, questa congerie di diritti era già presente nelle teorie dei canonisti, in una forma approssimativa che vedeva da un lato gli *iura in re* e dall'altro gli *iura ad rem*, e servivano ad esprimere i poteri di cui disponevano i vescovi. Inoltre, Gerson formulò un diritto all'autodifesa della comunità ecclesiastica riunita in concilio per ribellarsi contro le ambizioni di un ipotetico papa peccatore, proiettandovi collettivamente il diritto naturale dei singoli individui a respingere la forza con la forza, che era il portato del diritto naturale irrinunciabile di autoconservazione.

6. Contributi di un'indagine sul concetto di diritto soggettivo al dibattito contemporaneo sui diritti

Dalla disamina sulla genesi ed evoluzione del concetto di *ius* in senso soggettivo, appare evidente un suo ancoraggio ad epoche di gran lunga anteriori rispetto alle rivendicazioni sei-settecentesche propuginate dal giusnaturalismo moderno.

Inoltre, la ricostruzione del concetto di diritto soggettivo, sviluppata nel corso della trattazione, ha offerto numerosi spunti che sono intimamente connessi con alcuni tra i temi principali coinvolti nel dibattito contemporaneo sui diritti: il rapporto tra diritto naturale e

diritto positivo, il rapporto tra diritti attivi e passivi, gli aspetti strutturali e morali del diritto soggettivo, le interazioni tra diritto oggettivo, legge e diritti naturali, la dicotomia tra dovere e diritto.

La storia del diritto soggettivo è la storia del diritto naturale soggettivo (Villey 1961, 27-28), un potere libero accordato all'uomo.

La rigida connotazione del diritto soggettivo proposta dalle ricerche di Villey, permette all'autore di analizzare il fenomeno contemporaneo dei diritti umani (Villey 1983), denunciandone la contraddizione pratica. La riconducibilità dei diritti umani all'interno della categoria concettuale del diritto soggettivo, figura corruttrice dell'integrità del diritto oggettivo classico, fa sì che la proclamata funzione di espediente conciliativo del rapporto tra diritto e giustizia, venuta meno durante gli eventi bellici contemporanei, sia foriera di ingiustizie. I diritti umani testimoniano una scomposizione del concetto di diritto, o meglio una transizione tra visioni etiche: dalla ricerca del giusto nell'ordine universale al trionfo dell'individualismo e del giusto per se stessi. Ad avviso di Villey, la giustizia, piagata all'interesse individuale, si consoliderà, nelle teorie moderne dei diritti naturali, nella supremazia hobbesiana del Leviatano, la cui volontà sarà considerata criterio ultimo di discernimento tra giusto e ingiusto, e nella consacrazione della proprietà privata nelle teorie di Locke⁷⁴.

L'ancoraggio dei diritti umani alla dottrina etica individualista smaschera il paradosso implicito negli stessi: l'universalità di diritti che incorporano una visione individualista delle relazioni umane cela, dietro l'asserita capacità riconosciuta a tutti gli uomini di essere titolari di diritti umani, una lotta tra componenti della stessa famiglia, in cui la rivendicazione di diritto implica, al contempo la negazione del diritto altrui. I diritti umani legittimano una lotta di forza per la sopravvivenza di idee, visioni e concezioni concorrenti.

Tuttavia, le recenti indagini dimostrano che bisogna essere cauti nel

⁷⁴ I diritti naturali serviranno ad Hobbes per giustificare l'imposizione di un sistema di relazioni politiche governato dall'autorità del diritto positivo. I diritti naturali producono uno stato anarchico, segnato da una guerra perenne, giungendo sino alla legittimazione dell'assolutismo come unico mezzo, dettato dalla ragione, per garantire l'autoconservazione di ciascuno (la cui forza è dipendente dalla previsione di due leggi di natura: la ricerca della pace e il rispetto dei patti). Locke darà alla proprietà veste di sacralità laica nei diritti naturali per affermare gli interessi della classe borghese, in spregio alla conclamata eguaglianza.

considerare l'atteggiamento individualista venuto a maturazione con il nominalismo e presente nelle teorie dei precursori del pensiero giuridico giudaico-cristiano come assolutamente prevalente rispetto ad una visione organicista della realtà fisica e socio-politica. Ogni teoria andava comunque collocata all'interno di una visione oggettiva caratterizzata dalla presenza di un'entità creatrice che risolveva in se stessa ogni forma di esperienza.

Gli studiosi del diritto del periodo medievale, imbevuti dalla dottrina cristiana, capirono che il termine *ius* possedeva un significato polivalente, applicabile tanto ad un piano oggettivo quanto ad uno soggettivo del discorso giuridico. Questa consapevolezza venne acuita dalle istanze provenienti dalla comunità sociale e politica, sulla base di un nuovo interesse verso il singolo capace di esprimere pretese produttive di effetti nella sfera giuridico-morale altrui. La dimensione morale, che non risultava separata dal diritto, ma ne costituiva il sostrato di fondo, era presente nella comunità intesa sia come tutto sia come moltitudine di singoli individui.

Come osservato in precedenza, da Rufino in poi, per poter affermare l'individualità dell'essere umano e delle prerogative connesse alla propria natura, si è reso necessario un intervento teorico sulla struttura della legge naturale, ritagliando uno spazio di valore anche all'individuo. La legge naturale è stata arricchita nei suoi contenuti in funzione delle emergenti esigenze morali, prospettando accanto ad una concezione che ne riconosceva una funzione interdittiva, e una funzione prescrittiva, anche una funzione permissiva. Nell'area delle liceità, l'individuo, in virtù della propria peculiare natura, diviene titolare di facoltà che assumono il rango di diritti naturali. Il soggetto era titolare di poteri (aspetto soggettivo) conformi alla retta ragione (aspetto oggettivo). Tale prospettiva acquisì un notevole potenziale esplicativo da rinvenirsi spesso in quei filosofi giusnaturalisti (moderni e contemporanei) che, in sede di elaborazione di dottrine del diritto naturale, serbavano la necessità di conciliare l'aspetto oggettivo della legge con quello soggettivo dei diritti⁷⁵.

⁷⁵ A titolo esemplificativo, Wolff (1968, 22-23) ripropone la tripartizione della legge naturale, distinguendo tra una legge naturale prescrittiva che impone di compiere un'azione; una legge naturale proibitiva, che impone obblighi di omettere

Perciò questa tendenza individualista doveva essere coordinata con la cornice teologica presupposta, poiché se l'individuo aveva un valore questo non sorgeva in modo originario, ma derivava dal suo rapporto con il creatore, in quanto creato a sua immagine e somiglianza⁷⁶.

In definitiva, per quanto riguarda la comparsa del concetto di diritto soggettivo così come la struttura concettuale, occorre fissare un punto rilevante.

Indipendentemente dalla connotazione assunta dal diritto soggettivo naturale, sia esso un potere, o una qualità umana conforme alla ragione, vi è un aspetto costante che ne enfatizza la funzione. Il diritto soggettivo rappresenta una tecnica di protezione specifica di peculiari interessi individuali, traducendo in forma giuridica le istanze di giustizia. Ciò conferma l'autorevole tesi sostenuta da Tuck (1979, 2) e ripresa da Viola (2009, 69) secondo cui il diritto soggettivo è un concetto che dipende da una teoria dei diritti. A sua volta una teoria dei diritti presuppone una teoria della giustizia. Tuttavia non è valida la circostanza inversa, ovvero che una teoria della giustizia si debba servire necessariamente di una teoria dei diritti per esprimere il proprio potenziale esplicativo – “i codici morali non devono necessariamente essere espressi in termini di diritti” (Tierney 2002, 80). Del resto, una teoria dei diritti è un fenomeno teorico contingente, che denota la preferenza per un certo tipo di meccanismi e strumenti che si rivelano più adeguati alle istanze metanormative presupposte.

Tierney ribadisce come la scelta tra teorie dei diritti o teorie dei doveri obbedisse ad una logica legata ad esigenze contingenti, atteso che i problemi di giustizia erano potenzialmente esprimibili tanto in un modo quanto nell'altro. Una spettanza giusta poteva avere la forma dell'obbligo o del diritto⁷⁷.

In ultima analisi, l'origine dei diritti soggettivi potrebbe avere un duplice corso: se considerati quali idee di giustizia, essi sarebbero ascrivibili ad un'epoca remota della storia della civiltà umana, se non

un'azione; una legge naturale permissiva come norma che attribuisce diritti.

⁷⁶ Questa necessaria compresenza di Dio e dell'uomo si oppone alla possibilità di considerare la teoria di Ockham come una teoria genuina dei diritti naturali.

⁷⁷ Sebbene asserire di essere titolare di un diritto, o destinatario di un obbligo, implica delle differenze rilevanti.

ai suoi albori.

Ma il fenomeno giuridico comprende tra i suoi elementi essenziali anche la forma, intesa non solo con riferimento a documenti dotati di valore ufficiale da autorità competenti, ma anche come assetto di elementi coordinati all'interno di discorsi, pratiche e istituzioni dotate di una loro specificità.

Ebbene con riguardo alla concretizzazione delle idee di giustizia nella forma di diritti soggettivi non si può non concordare con Tierney radicando l'origine concettuale del diritto soggettivo all'elaborazione teorica sui diritti naturali sorta a partire dal XII secolo per merito dei decretisti e canonisti medievali, risultato dell'associazione delle idee di potere, facoltà, ragione e libertà, con quella di diritto. Soltanto attraverso l'accuratezza del lavoro svolto da Tierney è possibile dare un solido fondamento all'intuizione di Villey (1961, 27-72) secondo cui i diritti soggettivi siano stati concepiti sin dalla loro origine come diritti soggettivi naturali.

Infine, in ottica contemporanea, pur obiettando che la pratica dei diritti umani sia contraddittoria, ambigua e ingiusta, a causa di un'inflazione delle singole tipologie di diritti e di una retorica che, lungi dal legittimare una maggiore consapevolezza del valore del rispetto dell'umanità intera, sembra dirigersi verso uno smarrimento del senso della comunità e del bene comune, anche sulla base di considerazioni di natura campanilista, tuttavia, eliminare completamente il linguaggio dei diritti equivarrebbe ad eliminare una parte fondamentale della tradizione giuridica occidentale (Tierney 2002, 493). Anche se a prima vista potrebbe trattarsi di un argomento tipicamente campanilista, tuttavia, i risultati prodotti dall'approccio storico hanno mostrato una potenzialità insita nel linguaggio dei diritti che non si traduce in una necessaria corrispondenza con una morale individualista (preponderante, invece, nel giusnaturalismo moderno), ma rivela una tendenza all'accoglimento di una pluralità di visioni morali.

Sezione III

Le teorie dei diritti naturali

1. *L'attrazione contemporanea verso il giusnaturalismo moderno e le teorie dei diritti naturali*

Nel panorama della scienza giuridico-politica contemporanea non mancano delle teorizzazioni di concetti politici e giuridici fondamentali, come il concetto di diritti, il processo di formazione e le caratteristiche dello stato, l'organizzazione e distribuzione del potere politico, il rilievo etico-sociale degli individui, che si rifanno esplicitamente alle teorie dei diritti naturali di epoca moderna.

Si tratta di teorie che propongono di adattare il paradigma tipico dei diritti naturali, unitamente ai presupposti politici, antropologici, etici e morali che li accompagnano, per spiegare lo statuto ontologico dei diritti, nonché le linee fondamentali dell'organizzazione politica vincolata al loro rispetto. Sono chiaramente dei casi emblematici dell'asserita rinascita del diritto naturale in ordine alla fondazione della vita politica contemporanea mediante modelli della modernità.

In perfetta aderenza con i postulati del giusnaturalismo moderno di matrice razionalista, Simmons, (2001, 185), nel fornire una chiave di lettura dei diritti umani contemporanei, ha sostenuto che i diritti umani sono un prodotto dei diritti naturali. I diritti umani sarebbero quei diritti che ciascun essere umano possiede – e ha sempre posseduto in tutte le circostanze di tempo e di luogo – in ragione della propria umanità. I diritti naturali sono diritti che gli individui possiedono in una condizione indipendente da un'attività ricognitiva o rafforzativa posta in essere da istituzioni giuridico-politiche. Peraltro, i diritti naturali contemplano sia i diritti innati nell'uomo, sia i diritti acquisiti (anche se l'autore tralascia di approfondire questa delicata distinzione!). In ragione di ciò, i diritti umani rientrerebbero nella

categoria dei diritti naturali innati che non possono essere persi o ceduti, godendo delle prerogative di universalità, indipendenza, naturalezza (o naturalità), inalienabilità, indisponibilità, imprescrittibilità.

Secondo Simmons, i diritti umani sono una diretta evoluzione dei diritti naturali moderni, dotati delle medesime proprietà ascrivibili ai diritti naturali e perciò spiegabili attraverso il patrimonio concettuale che ne ha determinato l'affermazione. Proprio l'ancoraggio ai diritti naturali rappresenta il modo per comprendere i motivi dell'esistenza di diritti ascrivibili all'essere umano fuori da ogni convenzione sociale.

Il pensiero dei giusrazionalisti ritorna in altre teorie politiche contemporanee. Basti pensare che il pensiero di Locke ha ispirato direttamente la teoria dello stato minimo di Nozick (2005), basato sui criteri della libertà individuale e sulla giustizia dei possessi in relazione alla definizione di un ordine politico di natura libertaria.

L'obiettivo dell'autore consiste nell'elaborazione di una concezione peculiare di stato, avvalendosi degli espedienti teorici della teoria dello stato di natura, del contratto sociale e della tutela dei diritti fondamentali degli individui, tanto cari ai giusnaturalisti moderni. L'autore individua nello stato di natura (in senso lockiano) quell'ipotesi concettuale che è dotata di potenzialità esplicative e chiarificative tali da individuare le ragioni che determinano l'origine dello stato e le divergenze tra ipotesi ideale e realtà politico-sociale.

Nozick, sulla scorta di Locke, presenta una teoria politica che attribuisce allo stato un ruolo strumentale nei confronti delle esigenze individuali. I compiti principali consistono nella fornitura di pochi servizi (come la sicurezza, l'apparato di giustizia) con lo scopo esclusivo di proteggere i diritti individuali, che ciascun uomo possiede nello stato di natura, dalle aggressioni perpetrate ai loro danni. La funzione svolta dallo stato è pensata in conseguenza delle prerogative ontologiche individuali, cioè delle dotazioni fondamentali di ciascun individuo assunto a cellula dell'organismo politico.

La fisionomia dello stato nozickiano e la funzione garantista dallo stesso espletata è il prodotto di un processo morale e politico di aggregazione spontanea, che muove dall'atomismo per giungere a una forma olistica minimale.

La condizione epistemologica esplicativa della miglior forma di stato in senso nozickiano è lo stato di natura così come teorizzato da Locke. A partire dalla condizione ideale di uomini collocati in una dimensione di libertà ed eguaglianza – epifenomeno dello scenario anarchico – Nozick cerca di assicurare una legittimità morale alla sua costruzione politica (Vernaglion 2003,304).

L'imperfezione dello stato di natura in ordine alla protezione effettiva dei diritti naturali determina il sorgere di associazioni spontanee che si occupano di assicurare i servizi di protezione, sicurezza e garanzia degli accordi che i singoli, a causa della mancanza di criteri di misura pubblici certi che stabiliscano la giusta proporzione tra danno e sanzione, la conoscibilità dei diritti e dei doveri, e l'incapacità di agire per la loro rivendicazione, non sarebbero in grado di attuare efficientemente.

Tali associazioni si baserebbero sul rispetto della legge di natura e sui criteri di libero mercato per produrre e vendere il servizio in cui si sono specializzati, ad esempio la tutela dei diritti, in cui i soggetti protetti sarebbero i clienti, i quali, per godere della protezione, devono accettare la rinuncia alla vendetta privata in caso di aggressione.

La soluzione ai conflitti emergenti tra clienti di associazioni genera, per virtù di relazioni di supremazia (dovute alla vittoria di un'agenzia sull'altra) o di procedure concordate, la formazione di un monopolio naturale, ovvero di un'agenzia di protezione dominante che assume le fattezze di un c.d. stato ultraminimo.

Lo stato ultraminimo è una figura ibrida che si situa nel solco tra l'associazione spontanea e lo stato minimo, in quanto pur convogliando a sé il monopolio della forza, si riserva di esercitarlo soltanto verso i clienti che pagano il servizio. Peraltro, l'esistenza di un vincolo contrattuale che giustifichi l'uso della forza in situazioni di prevenzione, repressione e riparazione dei torti, non è una condizione esclusiva della compagnia dominante, ma vincola tutti i soggetti che intendono avvalersi di procedure coercitive per agire in rappresaglia contro comportamenti altrui. Ne discende un'immagine segnata dalla compresenza dell'agenzia dominante e di una serie di agenzie minori dotate di criteri di misura per valutare la colpevolezza o l'innocenza di un individuo, che discendono dal diritto naturale procedurale di

ciascun individuo ad un accertamento della responsabilità altrui. Tale accertamento dovrebbe essere effettuato con le dovute cautele al fine di minimizzare la probabilità di violazione dei diritti di proprietà.

Tuttavia, l'autonomia e indipendenza di giudizio delle compagnie minori potrebbe condurre a violare l'asserita condizione di legittimità delle procedure, provocando un rischio maggiore di punire un innocente o di attribuire una sanzione sproporzionata rispetto al fatto commesso.

La probabile minaccia di un rischio del genere attiva la reazione della compagnia dominante che, in virtù della posizione occupata nel contesto sociale, si riterrà depositaria di criteri di giudizio dotati di una maggiore imparzialità e affidamento, sulla base dei quali interdire le singole agenzie minori dall'uso della forza. Di conseguenza, l'agenzia dominante eserciterà un monopolio fattuale della forza: "Lo Stato dominante ultraminimo dunque è l'agenzia dominante nel momento in cui proibisce ad altre agenzie di interferire con i suoi clienti nelle controversie" (Vernaglion 2003, 311).

Sulla base del principio del risarcimento, cioè del principio per cui i soggetti che promulgano la proibizione e ne beneficiano sono tenuti a risarcire i soggetti svantaggiati (gli indipendenti), la protezione deve essere estesa anche agli indipendenti. In questo modo lo stato ultraminimo si trasforma in stato minimo, uno stato connotato dal possesso del monopolio della forza e dalla protezione dei diritti degli individui stanziati sul suo territorio.

Gli individui sono naturalmente costituiti da aspetti fondamentali espressi in diritti, primo fra tutti il diritto naturale di proprietà. Tale diritto è un'enucleazione del valore della libertà costitutivo dell'esistenza individuale, e si esplica tanto verso se stessi, poiché ciascuno è proprietario (seppur entro centri vincoli) di determinare il percorso della propria esistenza, quanto verso le cose di cui si ha la disponibilità.

L'assunto delle tesi di Nozick è compendiato nella considerazione per cui uno stato, o un'organizzazione pseudo statale, che non garantisca i possessi individuali, o travalichi i limiti delle proprie funzioni per intervenire direttamente sull'esercizio della proprietà, realizzerebbe una violazione dei diritti individuali: "Lo stato minimo è lo stato più esteso che si possa giustificare. Qualsiasi stato più esteso viola i diritti

della gente” (Nozick 2005, 159).

I diritti sono concepiti sia secondo uno schema morale che riflette la posizione del destinatario dell'obbligo correlativo, sia come dei permessi d'agire tipicamente ascrivibili alle categorie dei diritti di libertà negativa, atteggiandosi a “vincoli collaterali d'azione”, sia come dei criteri morali oggettivi che definiscono i limiti dell'azione, circoscrivendo ambiti di legittimità inter-relazionale.

Il richiamo dei presupposti giurazionalistici nella fondazione dei diritti umani e dei consequenziali scenari politici rappresenta un'occasione per gettare uno sguardo indietro verso la modernità, esplicitando e analizzando gli elementi più significativi sui cui si fonda una teoria dei diritti naturali, con riguardo sia ai concetti di base rilevanti (stato di natura, contratto sociale, struttura logica e fondamento dei diritti) sia alle linee direttrici che hanno configurato il contesto etico, antropologico e culturale.

Il patrimonio concettuale del giusnaturalismo moderno converge, seppur in maniera eterogenea in alcune sue premesse e sviluppi (Fassò 2001b, 89-90), all'interno della scuola del diritto naturale, rappresentata dai filosofi del giusnaturalismo contrattualista: sono contrattualisti nella misura in cui ipotizzano che l'umanità sarebbe transitata dallo stato di natura allo stato civile attraverso uno o più patti sociali di cessione della sovranità individuale ad un'autorità politica (ipotesi che oscilla tra un esperimento ideale e un fatto storicamente avvenuto, ma che serve a giustificare la vita associata e la legittimazione dell'autorità politica). Sono giusnaturalisti nella misura in cui teorizzano l'esistenza di un diritto presente già all'interno dello stato di natura, e dunque indipendente e antecedente allo stato civile.

La scuola del diritto naturale contiene delle caratteristiche specifiche presenti in ciascuno degli autori che vi fanno parte. Todescan (1998, 91) le identifica in razionalismo, individualismo e secolarizzazione, sintetizzando la transizione dalla cultura medievale segnata da una posizione teocentrica, che ha in Dio le causa e il fine delle cose, alla cultura moderna segnata da una prospettiva antropocentrica, che, invece, attribuisce una portata preminente all'uomo.

2. Razionalismo

Il metodo razionalista adottato per l'analisi dell'esperienza umana rappresenta sicuramente il filo che unisce gli autori appartenenti alla scuola del diritto naturale moderno (Fassò 2001b, 90).

La fiducia che l'uomo nutre nelle proprie abilità, in conseguenza degli influssi dell'umanesimo, lo porta a considerare la ragione come un potere in grado di svelare e comprendere, in modo esaustivo, la verità. Nella riproposizione in chiave moderna della massima di Protagora secondo cui l'uomo è inteso come misura delle cose, la verità subisce un processo di modificazione: da criterio da cui desumere il significato e il valore dell'intelletto, a oggetto di misurazione dell'intelletto stesso (Todescan 1998, 92).

La tendenza razionalistica non è di certo un'invenzione originaria del pensiero moderno. Con riguardo al fenomeno giuridico, già in epoca classica e medievale si riconosceva la capacità di una ragione naturale in grado di discernere la verità delle norme naturali. Tuttavia, la differenza tra il razionalismo moderno e quello classico e medievale, consisteva nella diversa rilevanza attribuita alla ragione: in epoca moderna la ragione era il criterio ultimo di verità delle cose, mentre in epoca classica e in quella medievale, la validità delle dimostrazioni razionali doveva necessariamente essere confortata dall'esperienza o da un elemento divino (Passerin d'Entrèves 1962, 72).

Se la ragione era il punto di vista privilegiato da cui valutare la verità dei fenomeni, qualsiasi ambito dell'esperienza umana (incluso il diritto) che voleva fregiarsi dell'attributo razionale, come manifestazione di una validità dei suoi contenuti dimostrabile mediante il ragionamento e resistente alle considerazioni critiche, avrebbe dovuto elevarsi a scienza⁷⁸.

⁷⁸ La distinzione cartesiana tra *mens* e *res extensa* produsse una distinzione tra la scienza, scevra dal dogmatismo teologico e dal razionalismo, e basata sulla percezione empirica dei fatti e la ricostruzione analitica dei fenomeni, e la materia dello spirito, oggetto di speculazione filosofica, espressiva della concezione dualistica dell'uomo (Solari, 1904, 6; Barret-Kriegel 1989) e della tendenza verso la meccanicizzazione della ragione (Di Gennaro 1979; 223-238).

Fu così che nell'età moderna il diritto divenne oggetto di scienza, ovvero della scienza morale.

Sulla scorta di tale assunto, il diritto moderno mutuò il paradigma epistemologico dalle moderne scienze naturali al fine di costruire i propri concetti e le proprie categorie (Montanari 2011, 50). In questo modo avrebbe acquistato il carattere dell'oggettività tipicamente ascrivibile alle scienze naturali. Tuttavia, la differenza esistente tra gli oggetti delle scienze considerate si ripercuoteva sul metodo di ragionamento utilizzato per spiegare il funzionamento dei fenomeni.

Mentre per le scienze naturali si adottava un metodo di ragionamento di tipo induttivo, basato sull'osservazione empirica dei fenomeni naturali, per le scienze giuridiche si adottava il metodo deduttivo, basato sulle deduzioni logiche e sulle definizioni concettuali.

I principi del diritto naturale erano ricavati mediante processi deduttivi per via di astrazione dalla realtà particolare. A titolo esemplificativo si riporta il passo tratto dall'opera *Prolegomeni al De Iure Belli ac Pacis* di Ugo Grozio (1961), che nella metodologia applicata allo studio del diritto asserì: "In verità io dichiaro esplicitamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattar del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare".

Il caso paradigmatico dell'impostazione giusrazionalista era la teorizzazione dello stato di natura, inteso come ipotesi funzionale alla descrizione di modelli fondamentali di azione, criteri di moralità delle stesse, e giustificazione della civiltà politica (Nozick 2005, 30).

In tal modo la scienza giuridica si accostò ai metodi delle scienze matematiche e geometriche. In effetti la costruzione di un sistema normativo di diritto naturale si basava sulla deduzione *more geometrico* di principi naturali validi indipendentemente da circostanze contingenti di tempo e di luogo, improntate ai caratteri della chiarezza, coerenza ed evidenza tipici dei sistemi scientifico-analitici (come sarà espresso nel preambolo della dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America: "Noi riteniamo che queste verità sono evidenti di per se stesse").

Tuttavia, la metodologia razionalista adottata per spiegare e descrivere il significato della realtà celava i sintomi di un profondo

mutamento culturale intorno al concetto di ragione presupposto. La riflessione sui diversi fenomeni afferenti l'esperienza umana era strettamente legata ad un punto di vista soggettivo. Se la ragione cui si riferivano gli antichi e i pre-moderni possedeva il carattere dell'oggettività, la ragione rivendicata dai pensatori moderni, invece, era soggettiva e strumentale (Adorno-Horkheimer 1966; Horkheimer 1969).

La differenza tra le due posizioni risiede nel modo di concepire i fenomeni e la realtà veicolata da questi, nonché gli effetti che derivano dall'adozione di uno dei due atteggiamenti filosofici. Sulla base di un impostazione associata al metodo della ragione oggettiva, esisterebbe una realtà espressa dai fenomeni fisici, da cui è possibile dedurre un intero sistema che ne governa i flussi mediante l'ausilio di una norma perenne, indipendente dall'attività cognitiva umana e dotata di un valore universale. L'applicazione alle dinamiche del mondo umano di questa impostazione conduce a ritagliare la possibilità "di una concezione universalmente valida del destino umano e del suo significato" (Cosi 1981, 251). Per i filosofi della ragione oggettiva, lo studio e l'osservazione dei fenomeni fisici è attività necessaria ma non sufficiente per comprendere il senso profondo del reale. La presenza e le caratteristiche del fenomeno fisico sono una traccia che stimola e spinge il filosofo a leggere oltre la materia, al fine di riconoscere, mediante un copioso sforzo intellettuale, la verità presupposta e trascendente il fenomeno.

Al contrario, la pratica soggettiva della ragione restava ancorata alla superficie, alla materia, all'evidenza empirica. Si manifesta una sorta di depotenziamento del concetto di ragione, in quanto, l'ancoraggio dell'epistemologia alla tecnica matematica, ai sistemi di calcolo, alla mera classificazione di dati esteriori, produceva una relativizzazione del pensiero, che tradiva la pretesa di oggettività di cui era portatore, in favore di una frammentazione del significato del reale (Cosi 1981, 254).

Non appena la scienza occupò il posto della ragione, diversamente dalla posizione di subordinazione mantenuta nelle epoche precedenti, s'indebolì ogni tentativo di dotare la realtà di un fondamento unitario e oggettivo che avesse valore di verità.

Con il soggettivismo razionalista moderno, nel momento del suo apogeo (XVII-XVIII secolo), si assistette ad una naturalizzazione della ragione, che degrada da attributo aristotelico-spirituale coincidente con l'anima a funzione organica dell'essere umano. L'uomo, in quanto razionale è dotato di capacità cognitiva e valutativa, seppur tuttavia, una volta prese le distanze dalla propria natura, e posto dinnanzi ad essa, si rende conto che "il pensiero, nel cui meccanismo coattivo la natura si riflette e si perpetua, riflette, proprio in virtù della sua coerenza irresistibile, anche se stesso come natura immemore di sé, come meccanismo coattivo" (Horkeimer 1969,47). La retrocessione del pensiero ad organo rende la ragione incapace di speculare sui fini, relegandola ad una mera ordinazione di mezzi.

Il carattere soggettivo della ragione moderna, formale ed astratta, era insito nel metodo utilizzato per la spiegazione del comportamento umano attraverso il metodo volontaristico, mutuato da quello naturalistico adottato per le scienze naturali.

Così come il ragionamento scientifico spiega i fenomeni mediante la relazione tra "oggettività-certezza del conosciuto e nesso di causalità" (Montanari 2011, 50), il ragionamento giuridico ne assimila il processo logico adattandolo alle richieste veicolate dalla soggettività individuale. In questa maniera il nesso di causalità si trasforma nel nesso d'imputazione di un fatto ad un soggetto (Giuliani 1994, 149-153), mentre il concetto di legge trasla da descrittivo, proprio delle scienze naturali, a prescrittivo (Montanari 2011, 50).

Nonostante l'asserita soggettività dell'ambito di applicazione, la legge giuridica assume le stesse ambizioni di oggettività del settore scientifico, poiché i processi logici hanno la funzione di rendere conto, in termini di connessioni logico-concettuali, dell'ordine presente nella realtà fisica per quanto riguarda la scienze naturali, e della realtà sociale per quanto riguarda il fenomeno giuridico.

3. Individualismo e teoria del contratto sociale. Cenni preliminari

La concezione moderna del diritto naturale non è riducibile esclusivamente all'applicazione di un peculiare metodo razionale all'analisi dei fenomeni sociali, ma coniuga questo aspetto alla manifestazione e rivendicazione di un'ideologia specifica che, ponendo l'uomo come criterio di verità delle cose, si traduce nell'individualismo: "Il nuovo valore è l'individuo" (Passerin D'Entrèves 1962, 78)⁷⁹.

Del resto, già nell'analisi dei tratti del razionalismo moderno era emersa una tendenza alla soggettivizzazione della ragione, all'adeguamento del metodo razionale alle emergenti istanze individuali legate al nuovo spirito culturale che impregnava di sé l'epoca moderna.

"Individualismo", stando alle parole di Todescan (1998, 91), "è inteso (...) come insieme di posizioni che fanno del singolo, dell'individuo, non

⁷⁹ L'età moderna è connotata da una rivalutazione profonda nei confronti dell'essere umano e di tutto ciò che ne costituisce il prodotto.

La nuova sensibilità diffusa verso i valori umani fu l'esito di eventi storici che generarono una nuova consapevolezza dell'uomo, sia nei confronti di se stesso, sia nei confronti della realtà circostante.

Il susseguirsi d'invenzioni tecnologiche, scoperte geografiche, astronomiche, scientifiche dimostrò le straordinarie capacità dell'intelletto umano nella comprensione dei fenomeni naturali e sociali, contribuendo ad infondergli una straordinaria fiducia nei propri mezzi, parallelamente ad un serio e maturato atteggiamento di critica nei confronti delle concezioni, impregnate di dogmatismo religioso, fino ad allora indiscusse. Sul versante politico e religioso, il progressivo declino dell'Impero – cui fece da contraltare la nascita degli stati nazionali –, unitamente alle debolezze della Chiesa, lacerata dagli effetti della riforma protestante e della controriforma, segnarono la rottura dell'unità politica e religiosa che aveva contrassegnato, invece, l'epoca medievale.

La tendenza verso una esaltazione dell'umano si tradusse nei termini di umanesimo e rinascimento. L'umanesimo consistette nel recupero del valore dell'uomo, corrotto dalle contaminazioni medievali, attraverso la riscoperta del patrimonio letterario greco-latino, in concomitanza con la fioritura di altri ambiti culturali quali le arti estetiche: pittura, scultura, architettura. Una vera e propria rinascita dell'uomo che, riscoprendo le proprie origini, metaforicamente ritornava nuovamente alla luce. L'ambito giuridico non fu immune alla nuova atmosfera, considerato, peraltro, che la categoria dei giuristi, appartenendo allo stesso ceto sociale di quella degli umanisti, era costantemente influenzata dalle medesime istanze tipiche degli ambienti culturali, artistico-letterari. Il diritto romano ritornò in auge, e divenne oggetto di studi nella sua formulazione originaria, scevra da interpolazioni medievali. Tuttavia, il valore da attribuire al testo non fu pacifico, ma oggetto di disputa all'interno di una scuola di pensiero giuridico caratteristica in epoca moderna – e sino alle codificazioni – che prese il nome di scuola dei culti.

tanto una persona fra persone, ma il principio a partire dal quale si costruisce tutto il mondo storico e sociale”.

Il minimo comun denominatore che racchiude in sé i criteri per comprendere il significato della vita sociale è l'uomo, che, in senso difforme dalle pregresse concezioni di matrice classica o medievale, precede l'organizzazione sociale, piuttosto che considerarsi un elemento successivo e consequenziale della medesima.

L'individualismo moderno permea i contorni di una filosofia politica che vaglia le dinamiche sociali a partire dall'individuo, e pone come oggetto di analisi la reciproca relazione che intercorre tra questi e la società nel suo insieme.

Gli aspetti dominanti di questo nuovo sentimento sono riconducibili agli espedienti teorici elaborati dai filosofi politici giusnaturalisti, e in particolare all'utilizzo del “contratto sociale” al fine di interpretare la relazione tra l'individuo e la comunità (Passerin D'Entrevès 1962, 79).

Il contratto sociale rappresenta un metodo per spiegare l'origine e i fondamenti della società civile. Si tratta di un'ipotesi mentale (anche se non mancano rivendicazioni fattuali) che si sostanzia in un patto tra individui volto a definire i futuri elementi che dovranno essere presenti nella società civile, assunti come criteri di giustificazione razionale e mezzo di legittimazione giuridica della stessa.

I filosofi politici moderni si sono serviti dei vantaggi offerti da un istituto prettamente giuridico per spiegare i fenomeni politici, acquisendo la valenza di “formula politica” (Oakeshott 1962, 80-81). Un istituto che si presta opportunamente alle esigenze ideologiche del tempo, e che racchiude i presupposti epistemologici e antropologici della cultura moderna. Il contratto sociale è una tecnica razionale, poiché per suo tramite è possibile dedurre la validità delle istituzioni giuridico-politiche, che afferma, in senso inverso, il valore delle capacità di discernimento razionale insite nell'essere umano.

Il contratto sociale è basato sull'individuo, o meglio su presupposti etici individuali rigidamente definiti e consistenti nel libero incontro tra parti e nella libera manifestazione della volontà individuale, espressa da individui posti in condizione di parità, al fine di determinare il contenuto del contratto, ovvero quel complesso di obbligazioni reciproche che esprimono la condizione di vita dell'essere

umano – come singolo e come essere in relazione – nella dimensione giuridico-politica e nella dimensione giuridico-morale.

4. Secolarizzazione: la riunione in chiave moderna dei postulati classici e medievali sui diritti naturali

Alla scuola del diritto naturale moderno è ascrivibile un atteggiamento teorico di significativa centralità nel pensiero giuridico, che si svolge attraverso forme di secolarizzazione dei concetti formulati e adoperati dalla teologia cristiana per esprimere significati sociali, giuridici e morali con riferimento all'orizzonte religioso.

Il processo di secolarizzazione insito nelle teorie dei diritti naturali può essere interpretato come momento di convergenza tra le idee dei diritti naturali e il concetto dei diritti naturali.

L'uso storico del termine secolarizzazione è legato ad un particolare istituto giuridico che, a partire dai trattati di Westfalia, consisteva nello spossessamento dei beni ecclesiastici da parte dello stato moderno.

Si tratta di un processo di “de-ecclesiasticizzazione” (Lombardi Vallauri 1981, 50), che si verifica con il trasferimento di beni e servizi dal controllo dell'autorità religiosa al controllo statale, innovando, al contempo, l'ordinamento giuridico con una congerie di disposizioni, norme e principi rivolti alla disciplina di nuove competenze assunte dallo stato (ad esempio, in ambito sanitario, in materia di istruzione e assistenza sociale) che prima erano svolti dall'ordinamento religioso.

Il termine secolarizzazione, inoltre, ha assunto una valenza culturale, poiché tende a riassumere la graduale transizione dall'età medievale all'età moderna, con l'affermazione del rinnovato impulso antropocentrico sulla pregressa realtà teocentrica (Conze 1984, 790; Lubbe 1970; Marramao 1994).

La secolarizzazione, come sostenuto brillantemente da Vallauri (1981, 44), costituisce un processo segnato dall'affermazione “del moderno visto dal lato degli effetti esercitati sulla precedente civiltà di impregnazione religiosa”, dotato di una generica valenza di natura storico-sociologica (D'Agostino 2011, 39). La spiegazione del fenomeno

storico dal punto di vista dell'impatto sul sostrato sociale evidenzia come la secolarizzazione sia "un effetto storico" (Bonvecchio 1994, 237), vale a dire un evento riconoscibile solo a posteriori, in virtù di specifiche interpretazioni (Chiodi 1994, 40)⁸⁰.

La consapevolezza relativa alle capacità umane introdotta con il movimento umanista e rinascimentale conduce alla costruzione di un nuovo assoluto morale antropocentrico di natura laica, quale è lo stato, inteso come una sorta di proiezione su larga scala delle prerogative soggettive, che scalza l'assoluto religioso, Dio, che sino ad allora aveva rappresentato l'orizzonte ultimo entro cui collocare e riconoscere i significati del reale, espellendo, di fatto, ogni riferimento a realtà trascendenti per fondare conoscenze o regole adottate nell'esperienza (Cavalla 1996, 54). Al riguardo, quando s'introduce un discorso sul capovolgimento culturale che investe l'epoca moderna, si suole fare riferimento alla celebre espressione pronunciata da Grozio (1961), il quale asserì: "E tutto ciò che abbiamo detto fino ad ora sussisterebbe in qualche modo ugualmente anche se ammettessimo che Dio non esistesse".

Lo stato rappresenta la formalizzazione della ragione in assoluto (Cosi 1981, 261), diventando, nel diciottesimo secolo – insieme al concetto di nazione – il principio fondamentale della vita politica, sostituendo la religione "come motivo ultimo e sopraindividuale della vita umana" (Horkeimer 1969, 24). Mediante le elaborazioni teoriche del giusnaturalismo contrattuali sta – che deriva tramite la ragione un sistema di norme naturali valide per la costituzione e organizzazione della vita sociale – alla legittimazione della società civile sulla base della figura onnipotente del divino si sostituisce e divinizza l'assoluto dello stato legittimato dal consenso intersoggettivo (Cosi, *ibid*, 265).

Sulla base di queste premesse, con il termine "secolarizzazione" in senso culturale, si suole metaforicamente indicare lo spoglio

⁸⁰ La ricostruzione storica del processo di secolarizzazione, che segna il passaggio dall'età medievale all'età moderna, in alcuni casi è scomponibile in due momenti: il primo con riguardo alle distinzioni concettuali medievali che conducono alla concretizzazione della figura giuridica del diritto soggettivo; il secondo con l'avvento del giusnaturalismo moderno (Chiodi 1994, 44-45); altri autori, tra cui il più rilevante è senza dubbio Schmitt (1972, 168-169), distinguono quattro fasi all'interno del processo di secolarizzazione: 1) la fase teologica; 2) la fase metafisica; 3) la fase morale-umanitaria; 4) la fase economica.

concettuale subito dal pensiero religioso ad opera di quello moderno.

Tuttavia, occorre innanzitutto puntualizzare che il pensiero moderno ha riproposto i concetti teologici con una peculiarità: esso si è avvalso della medesima struttura formulata dalla teologia, ma ne ha modificato i contenuti, sostituendo linfa religiosa con sostanza laica. Si tratta di un modo in cui può essere inteso il processo di secolarizzazione, definibile come secolarizzazione per trasformazione, che si manifesta “quando, mantenendo formalmente in piedi la terminologia, i concetti, le immagini della precedente cultura teocentrica, attraverso un’opera di erosione interiore si produce a poco a poco lo svuotamento dei contenuti teologici e la sostituzione di questi con i nuovi contenuti laici. E una volta che il contenuto interiore è stato cambiato, diventa facile sbarazzarsi della facciata esteriore, ridotta a semplice paravento ormai superfluo” (Todescan 1998, 93).

Mediante gli schemi concettuali elaborati dalla dottrina teologica trovano espressione i principi cardine del pensiero moderno: lo scientismo tecnologico – “misuro quindi posso” – e il soggettivismo assoluto – “voglio quindi sono” (Lombardi Vallauri 1981, 44; Jori 1981, 546).

Nell’opera dei moderni razionalisti è ravvisabile un intento diretto a introdurre coattivamente “nei confini della limitata natura umana quell’elemento immenso, soprannaturale, senza cui si annientano tutte le speranze umane” (Rosmini 1997) .

Lombardi Vallauri (1981, 51) qualifica questa forma di secolarizzazione con il termine di “deteologizzazione”, che consiste nel rifiuto del fondamento teologico dei fenomeni, conservando, tuttavia, un contenuto che presenta delle assonanze con la dimensione teologica tali per cui non sarebbe errato integrarne, o addirittura fondarne i presupposti. È opinione diffusa quella secondo la quale il pensiero moderno aderisce a un sostrato teologico, addirittura vi è chi attribuisce a questa evoluzione del pensiero un valore positivo e autentico di secolarizzazione, distinguendola da una posizione negativa, segnata dal perenne conflitto tra scienza e fede, denominato

secolarismo (Penzo 1994, 129)⁸¹.

Questa forma di produzione della secolarizzazione si distingue da un'altra che, attuando una netta separazione tra la sfera del sacro e la sfera del profano, viene chiamata secolarizzazione per separazione.

Resta implicito in un discorso del genere che, a fare da sfondo ai summenzionati processi evolutivi, vi è la progressiva interazione e sostituzione della dimensione sacra e di quella profana, considerato che così come un processo d'introduzione e salvaguardia degli elementi profani può determinare un'espulsione dei residui di sacralità, allo stesso modo può avvenire il processo inverso, tutelando la purezza dei valori sacri sui valori profani⁸².

Gli aspetti di secolarizzazione più evidenti, riscontrabili nelle teorie dei diritti naturali emergono nel e mediante l'impiego dello schema interpretativo del fenomeno giuridico-politico costituito da tre fasi cronologicamente ordinate: 1) stato di natura, 2) contratto sociale, 3) stato civile.

Lo stato di natura era inteso come una via di mezzo tra un

⁸¹ Peraltro, non è neanche corretto sostenere una netta esclusione del pensiero teologico dal giusnaturalismo moderno. Piuttosto, nel dibattito sulla secolarizzazione, si propende per un compromesso tra contenuti laici (ad esempio in Grozio è evidente il richiamo alla dottrina classica dello stoicismo contenuta negli scritti di Marco Aurelio) e teologia (Corsano 1948). Intanto, i teorici dei diritti naturali moderni furono anche autori di opere di teologia, e reputavano le loro teorie aderenti al dogma teologico (Villey 1983, 131). Inoltre, sebbene i principi oggetto di rivendicazione avessero mantenuto una validità intrinseca indipendentemente da una loro riferibilità al divino, tuttavia ciò non sarebbe stato pensabile senza incorrere in "gravissima empietà". Grozio, ad esempio, non solo subì l'influenza della scolastica nella elaborazione del proprio pensiero (Fassò 1971; Passerin-D'Entrèves 1962, 93-94), ma sostenne che i diritti naturali erano comandati da Dio per mezzo della natura umana, dichiarando un rapporto gerarchico tra la legge divina, prodotta da un Dio creatore, fondamento e guida del creato, e la legge naturale che simboleggia la partecipazione umana alla legge divina per mezzo della ragione (Berljak 1978, 103-118).

⁸² Nell'ipotesi di separazione della sfera del sacro da quella del profano, a tutela del profano, si realizzerà una forma di decristianizzazione integrale, cioè un netto abbandono del fondamento teologale e dei contenuti etici, politici e giuridici cristiani (Lombardi Vallauri 1981, 52). Oltre quelli già indicati, Lombardi Vallauri (1981, 53-54) individua un ulteriore senso che può assumere la secolarizzazione e che prende il nome di "desacralizzazione", per indicare un processo che incide direttamente non nella società così come riconosciuto dai sensi precedentemente formulati, bensì nella religione stessa, nel cristianesimo, e che ben potrebbe essere presente in epoca moderna segnata dall'ascesa dell'influsso protestante nella cultura del tempo.

espediente mentale privo di alcun riscontro nella realtà storica, e un fatto realmente verificatosi nella realtà, che designava la condizione originaria in cui versava l'uomo in assenza di istituzioni politiche e sociali⁸³. L'unico punto di riferimento che potesse orientare l'uomo nell'esercizio delle sue azioni era costituito dalla legge di natura, che egli deduceva mediante l'uso della ragione, confondendosi con quest'ultima.

Tuttavia, nell'immaginario degli autori sei-settecenteschi, lo stato di natura si rivela un ambiente connotato da imperfezione, la cui semplicità tradisce l'incapacità di rendere conto della complessità dell'essere umano. Le lacune manifestate nello stato di natura – che sono diverse in relazione al punto di vista presentato dagli autori – richiedono di essere colmate, anzi, la necessità di un superamento delle debolezze insite nello stato di natura che minacciano la stessa esistenza dell'uomo è oggetto di norma deducibile dalla ragione, rappresenta un vero e proprio dettame della ragione, una norma di diritto naturale. Il rimedio volto a colmare il deficit di tutela presente nello stato di natura è rappresentato dallo stato civile, cioè un'istituzione politica fulgido esempio della razionalità costruttrice dell'uomo, che si pone come sistema di organizzazione e protezione sociale dalla violenza e dalle ingiustizie effettive o potenziali tipiche dello stato di natura.

Ciò che fa da tramite tra lo stato di natura e lo stato civile, e che consente all'uomo di modificare l'ordinamento cui è assoggettato, è costituito dal contratto sociale. Con il contratto sociale l'uomo manifesta la volontà di porre fine allo stato di natura, istituendo lo stato civile (o stato politico). Il contenuto dell'accordo si sostanzia in un'obbligazione reciproca, liberamente accettata, in cui vengono definite le condizioni minime che segnano il discrimine dalla pregressa condizione naturale alla convivenza civile.

In realtà, lo schema di cui si avvalsero i filosofi giusnaturalisti

⁸³ Bobbio (1963, 197) distingue, a proposito del valore da attribuire allo stato di natura, tra due opposte concezioni di natura: da un lato un'idea regolativa di natura, che denota l'aspetto immateriale e atemporale dello stato di natura, dall'altro realtà effettuale della condizione umana, vale a dire un'ipotesi concretamente percepibile nel corso della storia del genere umano, empiricamente contingente.

moderni per spiegare l'origine dello stato trovò il suo antecedente storico nella dottrina teologica sull'origine dell'uomo.

In effetti, le tre fasi riferite all'evoluzione sociale dell'uomo sembrano riprodurre le tappe della storia umana così come ricostruite dalla teologia medievale e scandite nel preliminare *status naturae integrae*, seguito dallo *status naturae lapsae*, diretta a concludersi nello *status gratie*.

Per *Status naturae integrae* s'intende la condizione della natura umana originaria e antecedente alla caduta dell'uomo causata dal peccato originale; lo *status naturae lapsae* è la fase decaduta dell'uomo, macchiatosi dalla trasgressione originaria del precetto divino; lo *status gratie* rappresenta la condizione umana successiva alla Redenzione (Todescan 1998, 97-98).

Appare già evidente la strettissima analogia che intercorre tra i due sistemi di pensiero, medievali e moderni. Ci si trova dinnanzi ad un evidente fenomeno di continuità concettuale sotto il profilo strutturale tra la teologia medievale e il pensiero laico moderno, ciò che muta, invece, sono i contenuti da assegnare ai concetti espressi. I contenuti laici, sostituendo quelli religiosi, non solo danno una differente interpretazione dei rapporti sociali, ma, visto lo stretto legame formale che intercorre con la religione, mitizzano nuove istituzioni.

Se nella teologia medievale l'uomo corrotto dal peccato originale cerca negli strumenti e nelle disposizioni indicate dalla religione la strada per raggiungere la salvezza in modo da redimersi ed entrare nel tanto desiderato *status gratie*, nella dottrina contrattualistica moderna, "dove ogni riferimento alla salvezza attraverso la grazia è scomparso, la società civile, in cui l'uomo si rifugia per sfuggire all'insicurezza dello stato di natura, sostituisce la grazia: l'uomo si salva solo e attraverso lo stato" (Bobbio 1963, 195).

5. *Dalla legge naturale ai diritti naturali*

I presupposti epistemologici e ideologici diffusi nei vari campi culturali dell'epoca moderna investono decisamente il panorama giuridico, producendo una nuova ontologia del fenomeno giuridico a

partire dalla quale verranno impostate le relazioni giuridico-politiche dei secoli a venire.

Norberto Bobbio (2009, 432), con pregevole capacità di osservazione dell'evoluzione del diritto durante le varie fasi della storia umana, coglie nell'affermazione dei diritti naturali, indipendentemente dalle denominazioni assunte nelle dichiarazioni settecentesche, il "capovolgimento radicale" nella storia della morale (e del diritto).

L'espressione richiama una sorta di ribaltamento della prospettiva dalla quale osservare le relazioni giuridiche, e, in effetti, ciò che viene capovolto è il punto di vista da cui osservare il fenomeno giuridico che, così permeato dal soggettivismo razionalista, predilige il concetto di diritto soggettivo rispetto a quello di dovere.

L'autore (2009, 432) ricorda come la storia del pensiero giuridico e morale antecedente le dichiarazioni moderne dei diritti sia fondamentalmente legata all'idea di legge, cioè un complesso di regole di condotta, aventi natura imperativa, volte a dettare prescrizioni, positive o negative, sotto forma di comandi o divieti: "all'inizio (...) della storia millenaria della morale, c'è sempre un codice di doveri (o di obblighi), non di diritti"⁸⁴.

La precedenza storica dei doveri sui diritti è legata ad un modo di interpretare l'individuo in rapporto con la società che prende il nome di organicismo. Una concezione organicista della società, anche detta olistica, o comunitarista (Amato-Mangiameli 1996; Ferrara 1992) sostiene la precedenza della società rispetto al singolo individuo. La società è considerata come un intero, cioè un tutto che va ben oltre la sommatoria delle sue singole parti. Il termine organicista, perciò, vale a designare e provocare un'analogia tra la società e l'organismo vivente,

⁸⁴ Nel corso della storia antica (Flores 2008, 13-48) il governo si esercitava mediante codici di doveri. Si pensi al codice di Hammurabi che disciplinava svariati ambiti della convivenza civile, relativi al lavoro delle terre, all'unione familiare, alla materia penale ed economica, basata su norme giuridiche imperative imposte dal sovrano e derivate dalla divinità; il diritto greco e romano esprimeva le relazioni giuridiche nella forma di obbligazioni, si valeva di norme giuridiche imperative dettate da un sovrano illuminato dagli Dei, coltivava una cultura giuridica legata alla legge. Seneca (*Ad Lucilium epistulae moralis*, 95 50-53) parla di un diritto transazionale che si articola negli *humanum officium*, vale a dire nei doveri comuni a tutti i popoli, tra cui quello di dare acqua agli assetati, cibo agli affamati, o clemenza verso il nemico. Le leggi giudaico-cristiane, così come i dieci comandamenti, si esprimevano mediante la tecnica giuridica del dovere.

ove ciascuna delle singole parti di cui si compone non è considerata indipendente dalle altre e fine a se stessa, bensì esercita una propria peculiare attività in vista del corretto funzionamento dell'insieme. Così come le singole componenti derivano la loro identità dall'organismo in virtù della loro subordinazione strumentale allo stesso, così le singole componenti sociali, essendo funzionali all'esistenza stessa della comunità, sono identificabili a partire dalla società. La comunità è assunta a personificazione di un gruppo, centro di interessi, volontà, e fini che precedono e costituiscono gli interessi, la volontà e i fini dei singoli individui da cui è composta.

Secondo una concezione organicista della società, il ruolo del diritto è essenzialmente quello di garantire forme di protezione al gruppo sociale e predisporre norme di condotta volte a salvaguardare fenomeni di disgregazione sociale.

Dall'accento sulla legge prescrittiva o interdittiva, che governa il gruppo attraverso la posizione di doveri, in ossequio alla visione organicista, è implicitamente deducibile la visuale da cui osservare il rapporto politico, centrato sul profilo del titolare o i titolari del potere di governo piuttosto che su coloro ai quali il comando è rivolto.

L'oggetto principale della politica è rappresentato dal governo, dai criteri per l'accesso al potere, dai modi e dalle forme di esercizio del potere, mentre l'individuo è considerato al medesimo tempo l'oggetto del potere, e il soggetto passivo dell'obbligazione politica (Bobbio 2009, 434-435). Antecedentemente alla c.d. età dei diritti, la nozione politico-giuridica rilevante era quella di autorità, che si risolveva nella capacità di imporre prescrizioni che gli individui avevano l'obbligo di osservare.

Il fenomeno politico si spiegava attraverso la figura dei governanti piuttosto che mediante l'osservazione della condizione dei governati.

Con l'introduzione dei diritti naturali muta radicalmente il ruolo delle parti della relazione giuridica e politica, nonché il rapporto degli individui tra di loro e con la società. La dottrina moderna dei diritti naturali fa dell'individuo e non più della società il punto di partenza per la costruzione della dottrina morale e giuridica.

L'individualismo veicolato dalla dottrina dei diritti naturali, ponendosi in netta antitesi con la concezione organicista della società, assume la priorità dell'individuo, dotato di diritti originari, rispetto

alla prevalenza della comunità. L'individuo non regredisce a mera parte strumentale della società, ma viene concepito come elemento costitutivo della società stessa, dotato di una propria identità autonoma dalla dimensione sociale (Leca 1991; Sandel 1994). L'esempio immediato di questa transizione giuridica è positivizzato nelle dichiarazioni dei diritti, francese e americana, laddove si afferma la strumentalità della comunità/stato nei confronti dell'individuo. Secondo quanto proclamato nella dichiarazione francese, la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo è lo scopo di ogni associazione politica. Lo stato, da antecedente logico-assiologico dell'individuo nell'età classica e medievale, diviene, in quella moderna, uno strumento escogitato dalla ragione individuale per garantire, non tanto la sopravvivenza della collettività, quanto piuttosto l'autoconservazione individuale (in primo momento), e il pieno sviluppo delle sue potenzialità (in un secondo) (Bobbio 2009, 436).

In questo senso l'individualismo si manifesta nella sua triplice forma (Bobbio 2009, 436-437): 1) metodologico, in quanto il funzionamento del meccanismo sociale e della comunità sociale nel suo insieme presuppone lo studio delle azioni individuali; 2) ontologico, che assume l'autonomia individuale e la pari dignità tra esseri umani; 3) etico, che attribuisce ad ogni individuo lo statuto di persona morale.

6. Il giusnaturalismo della legge e il giusnaturalismo dei diritti

A ben vedere, la costruzione dell'ordine giuridico e morale, avvalendosi di elementi di natura metanormativa, ponendo tanto l'accento sui doveri, quanto l'accento sui diritti, presuppone a monte una diversa concezione del diritto che, nell'alveo del dovere giuridico, è denominata giusnaturalismo della legge, mentre nell'alveo dei diritti naturali è denominata giusnaturalismo dei diritti (Villa 2004, 90-91).

Sebbene entrambe le posizioni presentino dei punti di contatto, come la possibilità di derivare enunciati prescrittivi da enunciati descrittivi legati, nel giusnaturalismo della legge 1) all'ontologia divina, 2) alla natura generale – cioè la natura cosmica –, o 3) alla natura specifica

degli essere umani, tipica, quest'ultima del giusnaturalismo dei diritti (Fassò 2001a), tuttavia possiedono dei tratti che ne differenziano il valore giustificativo-esplicativo della realtà sociale, politica, giuridica e morale.

Vi sono rilevanti differenze sotto il profilo prettamente giuridico, linguistico-sostanziale, epistemologico, antropologico (Bobbio, 1963, 48-52)⁸⁵.

Dal punto di vista giuridico, con la locuzione “giusnaturalismo della legge” si fa riferimento ad un sistema metapositivo composto da norme di condotta generali e astratte. Il giusnaturalismo della legge designa la dottrina del diritto naturale classico e medievale, e pertanto, sulla scorta delle argomentazioni previamente sviluppate, la norma giuridica è concepita come un enunciato in funzione imperativa, i cui destinatari erano principalmente i sovrani, che assumevano l'obbligo di esercitare il potere di governo in conformità ad alcuni principi morali, non in quanto i sudditi godessero di alcune pretese al corretto esercizio del potere, quanto piuttosto nell'interesse proprio o in quello di un entità superiore. La situazione per cui i sovrani erano tendenzialmente irresponsabili del loro operato nei confronti del popolo denotava un'obbligazione giuridico-politica imperfetta, nella quale l'adempimento del dovere non era correlato ad alcuna pretesa legittima diretta a richiederne e verificarne l'esito.

Il giusnaturalismo dei diritti, invece, è tipico dell'epoca moderna e si afferma con la (seppur eterogenea) dottrina dei diritti naturali, ovvero la dottrina secondo cui si danno dei diritti naturali che ineriscono ed esprimono alcuni tratti fondamentali della natura umana, concretizzandosi in sfere di azione all'interno della quali ciascun soggetto è libero di agire, essendo escluso ogni intervento esterno diretto a coartare o costringere la libera (entro certi limiti) esplicazione della volontà individuale.

Secondo la dottrina dei diritti naturali la norma giuridica è concepita in funzione essenzialmente attributiva, cioè attribuisce diritti e distribuisce i correlativi obblighi per renderli effettivi.

⁸⁵ Anche se la contrapposizione verrebbe meno nella misura in cui si consideri che per la sussistenza di diritti è necessario un sistema di norme che li attribuisca. La nozione di norma sarebbe antecedente a quella di diritto e risolverebbe, in ultima analisi, il giusnaturalismo dei diritti nel giusnaturalismo della legge.

Una norma giuridica così concepita pone l'accento sul popolo, sui cittadini come destinatari della norma, e non più sul titolare del potere sovrano. Piuttosto, è nella garanzia dei diritti naturali degli individui, preesistenti alle istituzioni politiche, che risiede il fondamento e la legittimazione del potere sovrano.

I doveri entro cui può esplicarsi l'esercizio del potere sono determinati dai diritti dei singoli verso cui il sovrano è responsabile.

Porre l'accento sui diritti o sui doveri non è un fatto privo di rilevanza, atteso che l'adozione dell'una o dell'altra espressione produce notevoli differenze, non solo di natura linguistica, con evidenti riflessi di carattere sostanziale. Nel passaggio dal giusnaturalismo della legge al giusnaturalismo dei diritti si produce una sorta di riduzionismo delle possibilità semantiche (Pogge 2010, 72). Esprimere delle richieste morali nel linguaggio dei doveri non equivale a esprimerle mediante il linguaggio dei diritti. Difatti, il campo di formulazione di richieste enunciate nella forma di doveri è molto più ampio rispetto a quello dei diritti, poiché questi ultimi sono pensati in funzione esclusiva dei titolari dei diritti, che sono essenzialmente gli esseri umani. Pogge (2010,73) rileva che il percorso giustificativo seguito dal giusnaturalismo dei diritti è irto di ostacoli nel momento in cui deve spiegare la titolarità di diritti in capo a Dio, verso se stessi e verso gli animali, coinvolgendo questioni attinenti alla relazione tra avere un diritto e avere al contempo la titolarità dei poteri volti a rivendicarlo e attivarne la tutela giuridica (Feinberg 1970, 243-251). Per le peculiarità proprie di queste figure e ipotesi concettuali sarebbe più appropriato parlare di doveri, e quindi utilizzare il linguaggio del giusnaturalismo della legge.

Dal punto di vista epistemologico, il giusnaturalismo della legge scompone la conoscenza del diritto in una fase astratta, in cui si limita ad individuare alcuni principi generalissimi (es. fare il bene ed evitare il male), e a demandare alle dinamiche storiche la specificazione dei principi. Il giusnaturalismo dei diritti, ispirato allo scientismo tecnologico moderno, pretende di dedurre *more geometrico* un sistema di norme di condotta, ordinato, coerente, completo, esaustivo, che non necessita di integrazioni pratiche, e non interagisce con i processi storici, sostenendo di risolvere in se stesso ogni aspetto della condotta

umana.

Peraltro, mentre il giusnaturalismo delle legge è ancora imbrigliato in una visione teocentrica del mondo, per cui la razionalità invocata dai pensatori dell'epoca considerata è vincolata all'interno di una cornice metafisica o divina, ove le norme si impongono categoricamente sulla condotta, il giusnaturalismo dei diritti attribuisce alla ragione un ruolo determinante nella comprensione dell'intera realtà, concependo il fenomeno giuridico sotto un profilo empirico, e ricavando le norme giuridiche mediante le informazioni che l'intelletto elabora a seguito dell'osservazione della realtà sociale.

Sotto il profilo antropologico, il giusnaturalismo della legge, legato alla concezione organicista, propone una visione sociale e solidale dell'uomo, che nasce nella e per la società, in contrapposizione al giusnaturalismo dei diritti che concepisce il soggetto irrelato, isolato, che non ha una disposizione spontanea verso gli altri esseri umani, cui si lega per ragioni prudenziali.

7. L'oggetto del contratto sociale: i diritti naturali

L'assunzione comune intorno al pensiero giuridico moderno è quella secondo cui "alla vigilia della rivoluzione americana e francese, la vecchia teoria del diritto naturale si è trasformata in una teoria dei diritti naturali" (Passerin D'Entrèves 1962, 85).

I giusnaturalisti moderni attribuiscono al termine *ius* una precisa connotazione soggettiva che, se da un lato porta a maturazione il processo di soggettivizzazione del diritto affermatosi in costanza dei giorni dell'alto medioevo, dall'altro introduce un netto discrimine con altri due concetti giuridici fondamentali quali *lex naturalis*, di chiaro appannaggio moralistico medievale, e *ius naturale* inteso come ordine oggettivo individuato dall'operato dei giureconsulti romani. Con il pensiero moderno giunge a compimento il processo di scissione semantica e assiologica tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva dell'esperienza morale e giuridica.

Come avrà modo di puntualizzare Hobbes (1976, I, 14): "Sebbene coloro i quali trattano di questo soggetto siano soliti confondere *ius* e

lex, diritto e legge: tuttavia tali termini dovrebbero essere tenuti distinti; perché il diritto consiste nella libertà di fare, o di non fare: laddove la legge determina e obbliga ad una cosa in particolare: cosicché legge e diritto differiscono tanto quanto obbligazione e libertà”.

Questo modo di concepire il diritto e la prevalenza attribuita alla dimensione individuale sono il filo conduttore che lega le teorie dei diritti naturali. Con riguardo all’ambivalenza del termine *ius*, Wolff (1741, I, 3) sosterrà che “ogni qual volta noi parliamo di diritto naturale, noi non intendiamo mai la legge di natura, ma piuttosto il diritto che appartiene all’uomo in forza di quella legge, cioè naturalmente”.

Il precursore della trasformazione del significato di *ius*, da particella semantica espressiva di un ordine giusto e oggettivo che lega gli esseri tra loro, incluso l’uomo, a qualità morale inerente un soggetto, è individuabile in Grozio (Viola 1997, 277).

Per Grozio (*De iure belli ac pacis* I, cap. I, par 4) *ius* è una qualità morale di una persona, che le conferisce la capacità di avere o di fare qualcosa giustamente⁸⁶. L’autore non si limita a proporre una definizione del concetto di *ius*, ma nel prosieguo dell’argomentazione tende a specificare a distinguere il contenuto della particella giuridica da altre situazione analoghe. In particolare il diritto soggettivo è una facoltà dell’individuo, non una mera attitudine, laddove, mentre la facoltà definisce il diritto in senso stretto, inteso come ciò che spetta all’individuo per dettame di natura e destinata a ottenere nelle sedi opportune effettiva tutela, l’attitudine, invece, configura una pretesa che non è assistita da garanzie giuridiche volte a garantirne l’esercizio.

Nella formulazione di Grozio il diritto oggettivo naturale non abilita a compiere qualsiasi attività, indipendentemente dagli effetti della connotazione che questa può assumere, ma concerne solamente le azioni giuste (da qui l’uso dell’avverbio “giustamente”).

⁸⁶ “Ius est qualitas moralis personae competens adaliquid juste habendum vel agendo”. Il riferimento al concetto di *ius* mediante il ricorso ad una qualità morale inerente la persona fornisce una rilevante informazione sull’idea che avevano i pensatori moderni in merito alla relazione tra diritto e morale: in realtà non era poi così semplice analizzare, scomporre e separare la dimensione della morale da quella del diritto. L’intimo legame che avvinghiava entrambe era frutto di una configurazione dello statuto normativo del soggetto, pensato, nel medesimo tempo, sia sul versante morale sia sul versante giuridico (Solari 1904).

Le azioni giuste sono tali perché compiute sotto la cornice oggettiva del diritto. Infatti, per Grozio, *ius* non possiede esclusivamente una valenza di tipo soggettivo, ma anche un significato oggettivo, riassumibile con “ciò che è giusto” (Grozio, *De iure belli ac pacis*, 1.1.3, 2). Questo dato non si può trascurare nella comprensione della teoria dei diritti naturali di Grozio, poiché non attribuisce ai diritti un carattere isolato, ma collega il loro significato ad un imprescindibile dimensione oggettiva del diritto.

Ius, infine, è declinabile in una terza accezione che costituisce il risvolto della medaglia del senso di diritto soggettivo, cioè la *Lex*, ovvero la regola d’azione morale ricavata dalla ragione che impone di agire giustamente⁸⁷.

Il diritto in senso stretto, in quanto qualità morale, si manifesta sotto forma di potere che assume una triplice accezione in funzione delle direzioni verso cui può esplicarsi: 1) si parla di *potestas in se* con riferimento all’esercizio del potere nei confronti di se stessi (una sorta di azione libera); 2) *ius* potrebbe atteggiarsi come *potestas in alio*, vale a dire come potere su altri soggetti; 3) infine, nella sua forma classica, si manifesta come *potestas in res*, cioè potere sulle cose.

Ma cosa significa che il diritto consiste in una qualità morale inerente un soggetto? Quando un’azione può, secondo la teoria dei diritti naturali, cessare di considerarsi meramente naturale e assumere i tratti di una prerogativa morale?

Un contributo volto a chiarire i quesiti posti potrebbe essere reperito nelle tesi di Viola (1997, 279-281) che, analizzando il pensiero di Grozio nel tentativo di comprendere i problemi di coordinazione delle azioni poste dal moderno ordine giusnaturalista che aveva soppiantato la legge naturale in favore dei diritti naturali, offre efficacemente una ricostruzione puntuale e originale del meccanismo operativo dei diritti naturali sulla condotta individuale e sulle relazioni intersoggettive.

Infatti, accantonata la legge naturale per far posto alla nuova visione del soggetto dotato di diritti, occorre stabilire come l’individuo, la cui prerogativa principale consisteva nella titolarità di una sfera di autonomia di azione che ne esaltava l’aspetto della libertà,

⁸⁷ “Est et tertia juris significatio quae idem valet quod Lex (...) ut sic Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est” (Grozio *Ibid*, 1.1.9, 3).

potesse validamente e consapevolmente accettare di limitare le proprie azioni da vincoli derivanti dalle interazioni con altri soggetti parimenti liberi.

Ovviamente, così incentrata sull'autonomia individuale, la sottoposizione ad un obbligo da parte di un uomo libero non può che basarsi su una manifestazione di volontà orientata in tal senso.

L'efficacia della modifica del mondo morale individuale per effetto della sottoposizione ad un obbligo è subordinata all'adozione di una forma specifica. Ciò significa che per poter validamente assumere un obbligo in vista della realizzazione di un altrui diritto è necessario che la volontà del soggetto si manifesti all'esterno mediante una dichiarazione. In tal modo si realizzerebbe, dal punto di vista giuridico, un contratto in cui il soggetto (promittente) che decide di vincolare il proprio comportamento, assumendo liberamente e coscientemente l'obbligo, cede all'altra parte (promissario) una quota del proprio potere che va ad incrementarne la *facultas moralis*.

L'oggetto di questa alienazione consisterebbe nel trasferimento di qualità morali, e in particolare della libertà personale e nel potere individuale con cui questa si esprime. Tuttavia, come precisa l'autore (Viola 1997, 280), l'individuo non cede o rinuncia alla propria libertà, bensì al potere sulle proprie azioni, sulle quali possiede il medesimo potere che ha sulle cose.

In questa ricostruzione delle relazioni umane tramite la metafora degli istituti giuridici, "il diritto soggettivo come *facultas moralis* (...) serve ad assoggettare una persona al potere morale di un'altra, che può comandarle di tenere un determinato comportamento, con la conseguenza che diventa per questa moralmente necessario comportarsi come le viene richiesto" (Viola 1997, 280).

8. *Il modello fondamentale della teoria dei diritti naturali: la proprietà*

La comprensione dello schema transattivo postulato dalla teoria dei diritti naturali, la natura e le forme dei poteri di cui è dotato l'individuo, non può prescindere dal concetto di proprietà.

Il ruolo centrale assegnato alla proprietà nelle teorie dei diritti naturali moderne è un ulteriore segno del mutamento di paradigma giuridico e morale adottato nelle teorie precedenti. Da elemento escluso, o al limite permesso dalla legge naturale, che si articolava nei precetti dell'uguaglianza naturale di tutti gli uomini, e del comune possesso di tutti i beni, a diritto naturale soggettivo basilare, modello paradigmatico del giusnaturalismo moderno e fondamento della legittimità dello stato civile di diritto (Trujillo 1997, 118-119).

Il concetto di proprietà esprime un valore costitutivo fondamentale rivendicato dal pensiero moderno che denota una nuova immagine antropologica individuale: la libertà.

Quando un uomo può considerarsi un agente libero?

L'uomo è libero se le proprie azioni e deliberazioni non sono sottoposte al controllo e alla volontà altrui, se non è soggetto a vincoli esterni. Questa immagine dell'uomo libero richiama analogicamente quella dell'individuo proprietario, ovvero colui che è in grado di esercitare una signoria piena ed esclusiva sulle cose che gli appartengono. La grande abilità dei teorici dei diritti naturali fu quella di trasporre questa visione del *dominus* e del *dominium*, da cose puramente esteriori all'essere umano (immobili, mobili, ecc.), ad una serie di elementi che gli sono inerenti. Essere libero equivale ad essere proprietario. Grozio attua questa interiorizzazione del diritto nel soggetto, delineandone l'intima sfera morale, la sfera dell'io (Viola 1997, 278).

Per Grozio, l'uomo è titolare non solo di beni esterni, ma possiede un patrimonio di beni interiori costitutivi del *suum*, tra cui la vita, il corpo, le membra, la libertà, la fama, l'onore, le azioni proprie (Olivecrona 2000, 357) dalla cui violazione deriva l'ingiustizia del fatto compiuto (stante la prerogativa dell'inviolabilità che li circonda).

Su tali beni l'individuo possiede dei poteri analoghi, ma non identici, a quelli che possiede sulle cose. Ne deriva una concezione della soggettività giuridica in senso prettamente dominativo, configurando il diritto soggettivo naturale alla stregua di un fascio di poteri da esercitare al servizio esclusivo dell'uomo. La proprietà su se stessi (la libertà) è l'antecedente logico della proprietà sulle cose. L'uomo, poiché è in grado di determinare autonomamente il corso delle proprie azioni

in quanto gli appartengono, di conseguenza è in grado di estendere il proprio potere di apprensione anche sulle cose esterne verso cui ha indirizzato le stesse. I beni esterni sono dei beni strumentali rispetto ai beni interiori appartenenti alla sfera dell'io, considerato il vincolo di necessità che li unisce. In pratica, i beni esterni servono a preservare integri, sviluppare o ripristinare i beni interiori. Si potrebbe sostenere che la personalità del soggetto, in quanto autonoma fonte di poteri morali, si estende sino alle cose esteriori: "sul mondo, quindi, l'io-individuo estende il suo dominio non tanto per avere qualcosa ma per essere pienamente se stesso" (Gentile 1994, 27). Ciò vale a giustificare quelle affermazioni che equiparano l'afflizione derivante dalla lesione di un oggetto materiale esteriore a quella derivante dalla lesione di una proprietà interiore.

Servendosi dell'espedito giuridico della proprietà, i giusnaturalisti riescono a conferire alla libertà naturale i tratti della libertà morale, concependola come un diritto naturale tra i più significativi (se non il principale).

L'individuo proprietario è individuo libero, poiché la sua vita, i suoi beni, l'orientamento delle sue azioni dipendevano esclusivamente da se stesso e non da altri.

Tuttavia, data l'eterogeneità del pensiero giusnaturalista, sebbene la proprietà sia tendenzialmente coincidente alla libertà, tuttavia è diverso lo statuto morale ad essa attribuito, con notevoli ricadute sia sul versante dei poteri del proprietario, sia con riguardo al momento in cui tale diritto si possa considerare perfetto. Infatti, mentre Grozio e autori affini attribuivano un valore alla libertà tale da consentire al soggetto stesso di spogliarsene, altri filosofi tra cui Hobbes, invece, pur riconoscendo la necessità di un'alienazione consistente dei diritti individuali, tuttavia non ammettevano la possibilità di negoziare sul diritto di autodifesa. Inoltre, per Grozio, il diritto di proprietà assume il carattere di diritto perfetto soltanto nel momento in cui si attua la transizione tra stato di natura e stato civile, poiché in quest'ultimo è dato rinvenire quegli strumenti in grado di renderlo effettivo. Diversamente per Locke, il diritto di proprietà si configura come un diritto naturale perfetto, assorbente il bene della vita e della libertà, antecedente rispetto alle istituzioni socio-politiche che sono obbligate a

garantirlo.

Con particolare riguardo al concetto di proprietà, vi è una divergenza sostanziale tra gli autori nel modo di concepirne il ruolo all'interno della teoria dei diritti. Per esempio, per Grozio il concetto di proprietà è intimamente connesso con quello di consumo: riprendendo le argomentazioni medievali papali, formulate in occasione della complessa vicenda relativa alla qualificazione giuridica delle relazioni dei francescani con i beni, conciliandoli con il loro intrinseco status di poveri, Grozio (*De iure praedae*, 214) assume che per alcuni beni è escluso separarne il possesso dal consumo, in modo tale da determinarne, una volta consumati, l'ingresso nel patrimonio del titolare che si qualifica come *dominus*.

Grozio, nella configurazione della proprietà privata, parte da premesse argomentative di matrice francescana, sostenendo che all'origine della creazione le cose erano in comune all'intero genere umano, e alla proprietà individuale era preferito l'uso di fatto. Nella condizione originaria della specie umana, dunque, mentre le cose terrene non appartenevano a nessuno – erano delle *res nullius*⁸⁸ – ne era tuttavia consentito l'uso comune. Nonostante tali premesse, Grozio giunse, tuttavia, alle conclusioni espresse dalla fazione avversaria a quella francescana, giustificando la sussistenza della proprietà privata sulla base di una regola di diritto naturale, dedotta dalla ragione, che ne rendesse lecita la costituzione per quei beni il cui uso non era separabile dal possesso. Questa concezione non comprendeva soltanto i beni di prima necessità, come il pane e l'acqua, che sono beni decisamente consumabili, ma si riferiva anche ai beni parzialmente consumabili, come terreni e pascoli, il cui uso era legato al consumo dei prodotti. La costruzione di Grozio delineava un meccanismo di

⁸⁸ Questa tesi riprende la dottrina civilistica romana sulla proprietà e sul regime giuridico cui sono soggette le cose che non appartengono a nessuno, collocandoli al contempo nella dimensione normativa giusnaturalista con riferimenti alla legge naturale. Quest'ultima parte si colloca in linea di continuità concettuale con l'elaborazione dottrinale proveniente dall'attività dei teologi e dei canonisti sulla giustificazione della proprietà privata nei confronti della legge naturale (Tierney 2002, 196-214). Questo modo di impostare un discorso sulla genesi della proprietà privata, e per spiegare e illustrare la teoria della prima acquisizione e della proprietà comune originaria, è molto comune tra i giusnaturalisti moderni (Rapaczynski 1987 180-186).

transizione dal regime dei beni comuni al regime della proprietà privata basato sul principio del consenso individuale e scomponibile in due forme: in forma espressa, mediante un accordo tacito di suddivisione dei beni comuni a ciascun soggetto, oppure mediante accettazione tacita del modo di acquisto della proprietà delle *res nullius* attraverso l'espedito dell'occupazione – nel senso che il bene di uso comune diveniva di proprietà del primo che se ne fosse appropriato (e tale meccanismo acquisitivo venne in seguito accettato come regola valida che gli individui applicarono ai rapporti sociali)⁸⁹.

Questa tesi tuttavia non era in grado di saldare un obbligo generale di rispettare la proprietà altrui, se non quello della reciprocità (non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te stesso), considerato che si trattava di una sottrazione del bene al regime dei beni comuni⁹⁰.

Un tentativo diretto a colmare le lacune dell'argomentazione di Grozio sul diritto di proprietà, e che divenne centrale nella costruzione delle istituzioni giuridiche, politiche e sociali, venne elaborata da Locke. Locke, a differenza di Grozio, sembrò comprendere che il mero consumo lecito non potesse fondare l'istituto della proprietà, ma era

⁸⁹ Ciò consentiva, allo stesso tempo, di perorare la causa in favore dell'olanda per la libertà di commercio nei mari, secondo cui data la vastità delle distese acquatiche e la loro intrinseca attitudine a servire l'intero genere umano, non potevano essere oggetto di proprietà individuale (Perciò Grozio rivendicò la libertà dei mari nell'opera *Mare liberum*).

⁹⁰ La concezione della proprietà elaborata da Grozio ha avuto un notevole peso nelle concezioni dei pensatori successivi ed è inquadrabile all'interno delle c.d. teorie convenzionaliste della proprietà. Si tratta di quelle teorie che collocano la nascita del diritto di proprietà in una via di mezzo tra lo stato di natura e lo stato civile. Poiché nello stato di natura non esiste la proprietà naturale, ma l'uso di fatto dei beni terreni che l'uomo condivide con gli altri esseri viventi, la proprietà individuale, in quanto tipico attributo umano, non poteva venire in essere senza un fatto umano idoneo a costituirlo: una convenzione. Si profilava una sorta di "diritto naturale convenzionale", un'ipotesi peculiare del diritto naturale – che va tenuto distinto dal diritto positivo poiché si tratta di un fatto che rileva indipendentemente dalla presenza di istituzioni politiche – che attribuisce il rilievo primario alla volontà umana. Tra i principali sostenitori di questa posizione rientra Pufendorf (1952, 136-137), il quale asserisce che: "La proprietà, in quanto essa abbia efficacia in rapporto agli altri uomini, non deriva direttamente da Dio, vale a dire non ha origine da quella concessione con cui Dio ha lasciato agli uomini l'uso dei beni della terra. Ne costituisce la miglior prova il fatto che anche le bestie col consenso di Dio usano dei beni e li consumano: eppure tra le bestie non vige alcun diritto di proprietà. La verità è che la proprietà presuppone un fatto umano, vale a dire una convenzione, sia tacita che espressa".

necessario e preliminare individuare un diritto in capo al soggetto che lo abilitasse al consumo delle cose e consentisse, allo stesso tempo, un valido e resistente titolo riconoscibile, opponibile agli altri individui, e tutelabile. Innanzitutto, Locke, a differenza di Grozio e dei promotori della teoria della proprietà sorta per convenzione, assumeva l'originaria comunione dei beni esistenti sulla terra, ma tale stato di comunione non era riferito alla comune facoltà di ciascun individuo di usarne, ma andava ben oltre, ipotizzando un'estensione illimitata del diritto di proprietà a tutti i membri del genere umano⁹¹. Se un teorico convenzionalista della proprietà privata sosteneva che in assenza di accordo originario la proprietà privata non esisteva, e di conseguenza lo stato di natura era caratterizzato da assenza di proprietà, Locke (1982), all'esatto opposto, considerava la condizione primigenia dell'umanità nello stato di natura come essenzialmente informata ad un'estensione universale del diritto di proprietà: "Tenterò di mostrare come gli uomini possano giungere ad avere la proprietà di qualche parte di ciò che Dio ha concesso agli uomini in comune, e ciò senza un contratto espresso tra i membri della comunità"; in un altro passo continua: "sebbene le cose di natura siano date in comune (...) (l'uomo) ha sempre avuto in sé il primo fondamento della proprietà" (Ibid).

Locke doveva superare gli ostacoli che si erano frapposti nel percorso argomentativo di Grozio e dei teorici convenzionalisti della proprietà per giustificare un sistema fondato sulla proprietà⁹²; impresa resa

⁹¹ Del resto, non deve destare sorpresa alcuna una premessa ipotetica siffatta; basti pensare e tenere a mente che per il filosofo politico il diritto di proprietà rappresenta, accanto al diritto alla vita e alla libertà, un diritto naturale che gode dello statuto giuridico morale e politico di tale categoria di posizioni giuridiche.

ancor più ardua dalle condizioni preliminari poste dallo stesso Locke e consistenti nell'ipotesi di una condizione di proprietà universale: "l'occupazione (...) se valeva a trasformare una cosa di nessuno in cosa di qualcuno, non sembrava valesse altrettanto bene per trasformare una cosa di tutti in una cosa di uno" (Ibid). Bisognava cercare un metodo che realizzasse la divisione della proprietà comune garantendo al contempo il riconoscimento della proprietà altrui e i correlativi obblighi diretti a tutelarne il godimento.

La necessità di articolare un processo argomentativo costituito da ragioni forti per irrobustire il legame che l'uomo ha con le cose, condusse Locke a pensare al concetto di lavoro. Se con Grozio la proprietà si risolve nel consumo, con Locke la proprietà è correlata col lavoro: la proprietà del lavoro riesce a superare la comunità terrena perché è proprio il lavoro che pone in ogni cosa la differenza di valore⁹³.

Per l'autore, con il termine lavoro si fa riferimento all'insieme delle energie che un soggetto applica ad un oggetto al fine di appropriarsene

⁹² Inoltre, la posizione di Locke si collocava agli antipodi della tesi positivista della proprietà, proposta da autori come Hobbes (1642, XIII,7), dove quest'ultima era una prerogativa esclusiva dello stato civile in virtù della cessione quasi totale del potere individuale al sovrano, tra cui il diritto di proprietà. Nello stato di natura hobbesiano non esiste un diritto di proprietà universale, ma solo il diritto illimitato di ciascuno su ogni cosa. L'assenza di limiti allo *ius in omnia* individuale contrastava con la natura del diritto di proprietà privata, che, oltre a consistere nel potere del titolare di godere e disporre di un bene liberamente, prevedeva altresì dei limiti diretti a coordinare la libertà di ciascun al fine di tutelare il rispettivo esercizio dei poteri discendenti dalla proprietà. Come rileva acutamente Bobbio (1963, 223), ogni teoria giusnaturalista della proprietà, sia essa legata al concetto di autorità del sovrano, oppure al convenzionalismo naturale, o all'ontologia naturale, presenta degli elementi che associano alla proprietà un valore dichiarativo, come ulteriore segno di manifestazione di qualità preesistenti alle convenzioni socio-politiche.

⁹³ Nozick (2005, 164-166) si avvale di Locke utilizzando le categorie concettuali del filosofo settecentesco sulla proprietà in relazione alla definizione di un metodo di assegnazione di benefici. La teoria del "titolo valido" di proprietà assurge a criterio di giustizia nella distribuzione della proprietà, in quanto una distribuzione della proprietà risponde alle richieste di giustizia nella misura in cui consegue ad una corretta appropriazione, se si tratta di proprietà originaria, o ad un corretto trasferimento, se si tratta di proprietà derivata (cioè un'acquisizione, o un trasferimento causati dal lavoro, senza il ricorso alla forza o comportamenti fraudolenti).

o svilupparne le caratteristiche, valorizzandolo⁹⁴.

Il lavoro è quell'elemento soggettivo, legato precipuamente alle capacità individuali, che consente di manifestare all'esterno l'appartenenza di un oggetto al soggetto. Le energie che l'uomo impiega per accaparrarsi i beni, per trasformarli, per usarli e consumarli, costituiscono il presupposto per rivendicare la spettanza dell'oggetto al patrimonio del soggetto agente. Quasi una sorta di marchio che testimonia all'esterno il rapporto di proprietà sussistente tra l'individuo e la cosa, e, per altro verso, la personalizzazione dell'oggetto.

Il lavoro dell'uomo è "quasi un prolungamento della sua corporeità" (Baccelli 1997, 153), un'estensione della personalità che discende – seppur con modalità, qualità e conseguenze diverse – dalla teoria groziana del *suum* (Olivecrona 2000, 421-422).

Affermare che l'oggetto appropriato e valorizzato subisce una sorta di personalizzazione sta a significare che l'oggetto, in seguito alla soggezione all'attività umana, può perdere la propria identità o cumularla con quella del soggetto che ne diventa proprietario.

L'uomo è prima di tutto proprietario del proprio corpo e in secondo luogo proprietario delle cose sulle quali, con l'ausilio dei mezzi che la natura gli ha fornito e che gli appartengono, si esplica la propria attività. Stando alle parole di Locke: "a tutte quelle cose dunque che egli (l'uomo) trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, e cioè unito qualcosa che gli è proprio, e con ciò le rende proprietà sua".

In questo modo Locke cerca di fornire una visione valida dell'istituto della proprietà privata che esalti i vantaggi del titolare, ma che, allo stesso tempo, circoscriva le azioni lecite e garantisca l'eguale coesistenza degli individui proprietari, imponendo obblighi cogenti e trasformando "le relazioni della libertà con il *suum*, di cui aveva parlato Grozio, in un vero e proprio diritto già perfetto per natura" (Viola 1997, 281).

La protezione della proprietà privata diventa il fine tipico dello stato.

⁹⁴ Ipotizzando una vera e propria teoria del valore aggiunto, rappresentato dal principio del valore-lavoro applicato alla dinamica degli affari, poiché il lavoro crea la differenza di valore nelle cose, e, per converso, il valore è derivato dal lavoro.

Sul piano dei limiti alla proprietà, che è oggetto delle riserve verso le teorie convenzionaliste della proprietà privata, Locke assume che il diritto naturale di proprietà è soggetto a limiti che ineriscono allo statuto giuridico e morale dell'istituto: "La stessa legge di natura che ci conferisce (...) la proprietà ce la limita anche"(Locke 1982). Infatti, l'acquisto e l'esercizio del diritto di proprietà sono vincolati da un sorta di principio di contingentamento, idoneo a rivelare la preesistenza, al diritto naturale soggettivo, di una legge naturale implicita che freni gli istinti possessivi dell'uomo. Per quanto riguarda il profilo dell'acquisto della proprietà, per Locke ciascun individuo non può diventare proprietario di tutti i beni terreni, ma può acquisirne in una quantità tale da non pregiudicare l'eguale diritto all'acquisto da parte degli altri individui, in modo da garantirne il rispettivo diritto alla conservazione e alla sopravvivenza. Per quanto riguarda, invece, il corretto esercizio di proprietà, Locke ritiene che, essendo l'istituto finalizzato al sostentamento proprio e della propria famiglia, ogni utilizzo diverso che ecceda o esuli da questo deve essere escluso⁹⁵. Ne deriva che il diritto di proprietà di un soggetto si estende solo alle cose di cui si possa godere e disporre effettivamente, mentre ciò che va oltre la sufficienza e necessità del sostentamento, e rischi di deperire o perisca divenendo obsoleto nella mani di chi ne ha già a sufficienza, può essere lecitamente oggetto di proprietà altrui (purché possa annoverarsi fra i beni necessari)⁹⁶.

⁹⁵ Si tratta di "clausole limitative in senso lockiano (Nozick 2005, 190-194) che impongono di non violare i diritti di proprietà altrui, e di compensare i danni causati dalla loro violazione.

⁹⁶ Nonostante l'acume della argomentazioni di Locke, la sua teoria presenta alcune rilevanti aporie che sono state oggetto di serrata critica. Innanzitutto le assunzioni di Locke sembrano riferirsi ad una società primitiva e ad un contesto ove le risorse, se non sono inesauribili, quantomeno sono notevolmente abbondanti, in modo che tutti possano idealmente estendere i propri domini illimitatamente e avere accesso a tutto. In realtà, l'applicazione alla società borghese pone non pochi problemi di coordinamento e interpretazione della teoria con la realtà sociale. In modo particolare la teoria di Locke genera un grave effetto in una società in cui i traffici economici sono basati sulla circolazione della moneta. Difatti, l'applicazione del principio che impone di abbandonare i beni in eccesso che non si possono utilizzare, se vale entro certi termini con i beni consumabili, non funziona più con quelli inesauribili, come la moneta. L'effetto, pertanto, è quello di legittimare l'accumulazione illimitata di ricchezza in forma monetaria, con evidenti conflitti sociali e compressione della capacità di appropriazione altrui, in

9. Diritto soggettivo pubblico: la sovranità

Se nell'ambito delle relazioni inter-privatistiche lo statuto giuridico dell'uomo, come centro di esplicazione di poteri, trova il suo caso paradigmatico nell'istituto della proprietà, in ambito pubblicistico tale attribuito si concretizza nella sovranità. Si potrebbe intendere la proprietà come "il riflesso privato della sovranità pubblica"(Gentile 1994, 26).

Sulla base della concezione contrattualista, mentre la proprietà privata vale a connotare una qualità che, secondo alcuni autori, è ontologicamente stabilita nello stato di natura, la sovranità, invece, rappresenta uno degli effetti del contratto sociale che si realizzano nella società civile, e che rappresenta una proiezione ideale e personificata dei poteri individuali.

La sovranità è tipica forma di manifestazione ed esercizio del potere pubblico, prerogativa del sovrano, soggetto pubblico detentore

violazione del primo limite alla proprietà che impone di circoscrivere i propri acquisti, lasciandone anche per gli altri. Peraltro, incertezze interpretative sorgono in ordine al corretto inquadramento dei limiti che scaturiscono dal lavoro come criterio per determinare la proprietà delle cose. Difatti, se lo si considera come lavoro personale, in quanto correlato alle energie psico-fisiche del singolo individuo, risulta inevitabilmente e naturalmente soggetto ai limiti delle sue capacità. Se, al contrario, il concetto di lavoro personale è inteso sino a ricomprendere anche il lavoro altrui, ovvero l'uso di manodopera che pone in essere l'attività nell'interesse del proprietario, si ritornerebbe in una situazione di legittimazione dei possessi illimitati in quanto tendenzialmente illimitata sarebbe la capacità lavorativa.

Inoltre, non appena l'uomo mischia il proprio lavoro con la cosa, non si comprende perché non potrebbe profilarsi una situazione in cui si realizzi una perdita del proprio lavoro, oppure un diritto solo ai frutti provenienti dalla cosa (Tierney 2002, 192-193).

Bobbio (1963, 234-235) adduce un ulteriore limite alla connessione tra la proprietà e il lavoro: se la proprietà è connessa allo sforzo lavorativo, una volta che questo viene meno, dovrebbe venir meno anche la proprietà. Ma allora che cosa bisognerebbe fare in caso di decesso del proprietario? Lo scenario si compone di una serie di soluzioni alternative e equivoche che non sono in grado di definire una volta per tutte la soluzione al problema (si pensi alle soluzioni giusnaturaliste del ritorno dei beni alla comunità sociale, oppure alla comunità familiare secondo un ordine gerarchico, o infine all'erede in favore del principio di libera disponibilità dei beni (Bobbio 1990), e che Locke (Bobbio 1963) sembrerebbe associare ad una combinazione tra la seconda e la terza soluzione quando afferma: Ognuno nasce con un duplice diritto naturale: in primo luogo, il diritto della libertà della propria persona, sulla quale nessuno ha potere, perché egli soltanto può disporre liberamente; in secondo luogo, il diritto di precedenza nell'ereditare i beni del padre con i propri fratelli").

dell'autorità normativa sui suoi sudditi, o su coloro che ne riconoscono e ne accettano liberamente i comandi come diritto vigente e vincolante.

Quello di sovranità è un concetto coevo alla nascita dello stato moderno (Faralli 1997, 167-170). Allo stesso modo della proprietà, la sovranità racchiude due elementi fondamentali proiettati su ampia scala: la libertà e il potere.

Innanzitutto il sovrano è libero poiché è immune dalla soggezione da vincoli esterni. Il sovrano è sciolto da vincoli di dipendenza con altri soggetti, essendo dipendente solo dalla sua spada, “in alcun modo soggetto al comando altrui” (Bodin 1964).

Il sovrano è un soggetto autosufficiente, il quale non solo *superiorem non recognoscens*, ma altresì ha in sé la tendenza ad imporsi come fonte normativa dell'ordine civile. Inoltre (Bodin, 1964 I), è escluso che in presenza di un potere limitato si potesse manifestare un potere autenticamente sovrano: “La sovranità conferita a un principe con certi obblighi e a certe condizioni non è propriamente sovranità né potere assoluto, a meno che tali condizioni non siano le leggi di Dio e della Natura” (Ivi).

Nella dottrine contrattualiste, in particolare, in cui la formazione del governo politico è legittimata dal consenso sociale, il sovrano è soggetto normativo nello stato civile in quanto deriva il proprio potere dalla pluralità degli individui che rappresentano le cellule normative del sistema.

Il riferimento al contenuto della sovranità vale a connotare due aspetti principali in cui è possibile scomporre la stessa: un aspetto esterno e un aspetto interno (Trombino 1997, 194).

La sovranità esterna riguarda la posizione apicale della sovranità statale rispetto ad ogni altro potere politico, scevra da soggezioni alle vetuste, e oramai disgregate, autorità papali e imperiali. Dal punto di vista esterno, la sovranità si atteggia in una serie di prerogative tra cui quella di attribuire al titolare del potere la capacità di autoregolamentazione pubblicistica dei rapporti tra gli stati. Si tratta della gestione del fenomeno delle relazioni internazionali in posizione d'indipendenza, che si concretizza nell'individuazione delle condizioni in presenza delle quali si delibera una rapporto di pace o una decisione di guerra con altri stati.

La sovranità interna, invece, attiene alla configurazione di un'unità giuridico-politica all'interno della comunità statale, in grado di dettare norme vincolanti per la vita dei consociati, riducendo ad una sola fonte normativa la pluralità di ordinamenti giuridici, legati al ceto, che convivevano in epoca medievale. Il potere sovrano interno trova il suo attributo principale nel momento legislativo, cioè nella titolarità del potere di produrre norme dotate di effetti giuridici. Tuttavia, sulla base della concezione politica adottata è possibile osservare degli stati in cui la sovranità è concepita in maniera assoluta, cioè quegli stati in cui la titolarità e l'esercizio del potere politico sono prerogativa esclusiva del soggetto politico di governo. In tale ipotesi il sovrano è *legibus solutus*, poiché in esso è radicato il potere legislativo che consente di produrre leggi per la collettività che obbligano i sudditi-cittadini, ma dalle quali il sovrano è immune. Oppure è possibile identificare stati in cui la sovranità è limitata in funzione della promozione di una serie di prerogative individuali. Il sovrano non gode di un'esenzione generale e assoluta dalla legge, ma la sua azione politica è vincolata a una serie di condizioni giuridiche che assurgono a presupposti di esistenza stessa della comunità politica. In questi casi si verifica una sorta di rappresentazione del potere politico, una situazione in cui al sovrano compete l'esercizio del potere politico di cui, tuttavia, è titolare il popolo, a beneficio del quale deve essere utilizzato.

In effetti, la sovranità interna coinvolge in maniera dinamica ed evolutiva una serie questioni attinenti ai soggetti, con riguardo alla titolarità e all'esercizio del potere, e ai limiti che ne condizionano le modalità di estrinsecazione (Ferrajoli 1996).

10. *Il fondamento dei diritti naturali*

Dei diritti naturali vengono predicate una serie di caratteristiche che considerate globalmente valgono e definirne lo statuto ontologico ed epistemologico.

Innanzitutto, si tratta di diritti naturali perché appartengono agli esseri umani semplicemente in virtù della loro umanità. La soggettività umana è pensata come centro di valori, di norme e di

principi, che si traducono in una serie di diritti naturali idonei a rivelare la moralità umana e determinare un sentiero che delimita il modo corretto di trattare un essere umano. I diritti naturali, in virtù del contenuto che esprimono, sono d'importanza tale da essere posti a fondamento della società politica in quanto condizioni di legittimazione costitutiva e legittimità dell'azione politica. La rilevanza dell'oggetto incorporato e tutelato dai diritti naturali ne determina l'inviolabilità, connotando come ingiusto qualsiasi atto diretto a configurarne una violazione. Con il carattere dell'inviolabilità viene sancito uno dei principali prodotti della "rivoluzione giusnaturalista moderna del diritto", ovvero la previsione di limiti giuridico-morali all'esercizio e all'ingerenza dei pubblici poteri. Inoltre, i diritti naturali sono tendenzialmente inalienabili, nel senso che in relazione ad essi non è ammissibile compiere alcun atto di disposizione (ovviamente ciò è variamente inteso sia dal punto di vista della concezione dei diritti naturali oggetto di riferimento, sia con riguardo alla gerarchia e intensità attribuita a ciascun diritto).

Il fatto che i diritti naturali appartengono a tutti gli esseri umani è sintomo del loro carattere universale. Ma, altresì, di un'ulteriore caratteristica: la preesistenza alle istituzioni socio-politiche. Questa caratteristica possiede diverse declinazioni che, tuttavia, sono sintomo dell'irrilevanza del fattore temporale e storico nei confronti dell'effettività dei diritti naturali. Difatti, da un lato, l'immunità dei diritti naturali nei confronti del tempo ne esclude l'assoggettabilità all'istituto della prescrizione. Si parla in proposito di diritti imprescrittibili, nel senso che non si perdono per effetto dell'inerzia nell'uso da parte del loro titolare. Per altro verso l'antistoricità implica che i diritti individuali non dipendono dalla concessione o dal riconoscimento effettuato dalla società politica, ma restano validi anche in sua assenza. La proprietà della "naturalità", pertanto, esclude che la titolarità dei diritti possa essere legata al possesso di una determinata qualifica, dell'appartenenza ad una particolare comunità, o ad un particolare ceto sociale, ordine, corporazione, o in virtù di speciali relazioni con altri soggetti. Ciò vale a rimarcare un'ulteriore distanza con il periodo medievale, in cui le posizioni giuridiche soggettive attive e passive erano strettamente collegate al corpo sociale di riferimento.

Si trattava di pretese di status (Zagrebelsky 1995, 25), in quanto riflesso dell'ordine oggettivo cui conformarsi. Sulla base della prevalente concezione organicista, poiché era la società a precedere l'individuo, l'attribuzione di privilegi e doveri a quest'ultimo derivava dall'inserimento dell'individuo in un particolare ordine o in un particolare gruppo sociale (Fioravanti 2002, 40).

L'indipendenza dei diritti dalle convenzioni sociali si traduce anche nell'irrilevanza delle differenze tra esseri umani in ordine alla titolarità dei diritti. Da un punto di vista legato ai diritti naturali "le differenze fra gli esseri umani, siano esse di carattere sociale o naturale (...) sono – concepite come – elementi accidentali, arbitrari e irrilevanti" (Celano 2013). Ne deriva un'immagine fortemente egualitaria connessa ai diritti naturali, laddove pur essendo empiricamente percepibili delle diseguaglianze tra gli individui, si privilegia e ricerca ciò che di comune è ravvisabile nell'uomo, producendo ipotesi epistemiche sulla sua "nuda" natura.

Le differenze non vengono magicamente cancellate con un tratto di penna, ma si ritiene che, a fronte di alcune caratteristiche ontologiche comuni ed empiricamente percepibili della natura umana, le differenze possano essere trascurate in quanto prodotte da fattori arbitrari e accidentali⁹⁷.

⁹⁷ La matrice egualitaria è fortemente rimarcata nelle teorie dei diritti naturali, la cui funzione storica principale era quella di porre fine al sistema di privilegi percepito come essenzialmente ingiusto. Per argomentare contro il sistema medievale gerarchico era funzionale la presentazione di uno stato di natura popolato da esseri umani liberi ed eguali, in cui le differenze, seppur presenti sono irrilevanti. Per Hobbes (1976, I, XIII) l'eguaglianza naturale si riscontra nell'eguale diritto di tutti su tutto, che determina lo stato di guerra: "la natura ha fatto gli uomini così uguali nelle facoltà e del corpo e della mente che, sebbene si trovi talvolta un uomo manifestamente più forte fisicamente o di mente più pronta di un altro, pure quando si calcola tutto insieme, la differenza tra un uomo e un uomo non è così considerevole, che un uomo possa di conseguenza reclamare per sé qualche beneficio che un altro non possa pretendere, tanto quanto lui". Locke (1982, II,6) definisce lo stato di natura come uno "stato di eguaglianza nel quale ogni potere e giurisdizione sono reciproci, nessuno possedendone più di un altro". Per altri, come Rousseau (1979a, 738), il patto sociale serve a colmare le lacune dello stato di natura che non consentono di godere della piena uguaglianza originaria. Il valore dell'eguaglianza assume una duplice valenza che si snoda progressivamente lungo un processo culturale e istituzionale: da un lato oggetto di una complessa riflessione filosofica, dall'altro si concretizza e diviene oggetto di un innovativo sistema di diritti soggettivi (Zanetti 1997, 55).

Ma quale sarebbe questo elemento comune in grado di ricondurre ad omogeneità la specie umana? In altre parole, da cosa è costituito il fondamento dei diritti naturali?

Dallo studio del pensiero giusnaturalista moderno, a fronte delle note divergenze in ordine al modo di concepire determinati aspetti sostanziali intorno all'universo dei diritti naturali, è frequente il ricorso all'argomento dell'istinto naturale di autoconservazione, come requisito preliminare per impostare l'intera teoria politica, morale e giuridica⁹⁸. Secondo Locke, in ragione del comune istinto di autoconservazione, tutti gli individui sono dotati di un diritto naturale volto alla preservazione di se stessi e un diritto all'accesso e approvvigionamento dei beni di prima necessità (Locke 1982).

Pufendorf (1952) sosteneva la titolarità naturale in capo agli individui di un diritto naturale "a fare tutto ciò che conduce alla loro

⁹⁸ Il profilo normativo dell'istinto di autoconservazione era già presente nelle dottrine giuridico-politiche del medioevo, in connessione con un modo d'intendere il rapporto dell'uomo con le cose. Gerson (1965, 3, 156) individuò il contenuto del diritto all'autoconservazione nel diritto a nutrire il corpo, affermando che in caso di necessità tutte le cose erano comuni. Anche Ockham (1963, 2, 576) riconobbe la proprietà del povero circa le cose detenute in eccesso dal ricco in virtù dei principi della retta ragione. Ma questa idea era il portato di una tradizione di pensiero risalente al XII secolo, e sviluppatasi intorno al concetto di proprietà. Quando i Padri della chiesa si trovarono ad affrontare la questione della natura dell'elemosina, ovvero se l'atto di donare un bene a chi è indigente fosse un'opera di giustizia o di carità, si riconobbero nella comune posizione secondo cui si trattasse di un atto di giustizia (Coleman 1988; Couvreur, 1961).

Le varie testimonianze insistono sull'esistenza di un dovere di dare il superfluo a chi si fosse trovato in stato di bisogno. La risposta, sintomo di un'opinione diffusa, è riassumibile nelle seguenti parole di Ugucione: "Quando si dice che per *ius naturale* tutte le cose sono comuni (...) questo è quel che significa". Per *ius naturale*, ossia in accordo col giudizio della ragione, tutte le cose sono in comune, cioè devono essere condivise con i poveri in caso di bisogno. Giacché la ragione ci porta naturalmente a supporre che dovremmo tenere per noi ciò che è necessario e distribuire ciò che rimane ai bisognosi (Couvreur, 1961, 290-296). La questione, a questo punto, consisteva nel capire se i poveri avevano un diritto ad appropriarsi del superfluo altrui, altrimenti sarebbero incorsi nel delitto di furto. L'opinione generale, elaborata sulla scorta del pensiero dominante (tra cui Anglicus, Ispano, Ostiense) è chiaramente affermata da Alano, secondo il quale il povero non stava rubando, giacché ciò di cui si stava appropriando era in realtà suo *iure naturali*. L'idea presupposta era quella di far derivare un diritto naturale del povero dal dovere del ricco di fare la carità e spogliarsi del superfluo. La presenza dello stato di bisogno giustificava l'attribuzione *ex iure naturalis* del potere di appropriarsi dei beni in eccesso posseduti dal ricco, senza incorrere nel delitto di furto.

Piuttosto, valeva l'inverso, ovvero che il delitto di furto era moralmente ipotizzabile in colui che si rifiutasse di dare l'elemosina ritenendo per sé il superfluo.

preservazione”. Hobbes qualifica il diritto (soggettivo) naturale come la libertà posseduta da ciascun individuo di usare il proprio potere nel modo che ritiene più opportuno, secondo ragione e giudizio, per preservare la propria natura (1976, XIV).

In prima battuta, l’istinto di autoconservazione non rappresenta un fattore costitutivo tipico dell’essere umano, piuttosto si tratta di un aspetto che l’uomo condivide con gli altri animali. Se da un lato è fuor di dubbio che l’elemento posto a base dei diritti naturali sia un fatto naturale (Ritchie 1903, 119), dall’altro occorre individuare degli espedienti argomentativi in grado di attribuire ad un fatto naturale la qualità di fonte morale e giuridica e renderla una caratteristica dotata di una specifica valenza per l’essere umano.

Le difficoltà teoriche non sembrano un ostacolo insormontabile, considerato che l’impianto teorico giusrazionalista trae i propri argomenti dalla tradizione medievale pregressa, rielaborandoli.

Di autoconservazione si parlava già in epoca medievale, ove, in ragione della riferibilità del senso ultimo delle cose alla cornice divina, tra natura e morale – e tra quest’ultima e diritto – non sussisteva la raffinata ed elaborata separazione concettuale maturata al giorno d’oggi. Ne discende che un fatto naturale era allo stesso tempo considerato dal punto di vista morale, in funzione della sua rispondenza o meno alla dimensione divina, o all’approvazione del creatore. Quindi, sulla base di questa commistione di elementi naturali e morali, l’impulso di autoconservazione era concepito in termini morali come un dovere imposto dalla legge divina. Tommaso D’Aquino parlava di autoconservazione in termini di tendenza naturale condivisa dagli esseri viventi diretta alla ricerca dei mezzi per la preservazione del proprio essere.

Se nel medioevo l’istinto di conservazione aveva valore morale e in quanto tale incorporato all’interno di un dovere, nell’epoca moderna, in virtù di un processo di transizione culturale da una società centrata sul dovere ad una società centrata sul diritto (soggettivo), l’istinto di autoconservazione mantiene questa valenza morale, mutando, tuttavia prospettiva: da oggetto di un dovere a oggetto di diritti, principio morale fondamentale per eccellenza. L’istinto di autoconservazione concepito come diritto naturale diviene il fondamento dell’intera

dottrina dei diritti naturali. Tuck (1989), con riferimento alla teoria dei diritti naturali di Grozio asserì che l'autore "in un certo senso aveva trasformato il linguaggio dell'autoconservazione degli umanisti scettici in un linguaggio dei diritti naturali – ossia un linguaggio genuinamente morale", poiché coniugava l'interesse personale e le prove empiriche a suo sostegno con una argomentazione di natura morale (Tuck 1983; 1987; 1991). In tal modo per Grozio "un diritto non è solo una pretesa ai fini dell'autoconservazione, ma il potere mentale (retta ragione) di avanzare razionalmente tali pretese, ossia il potere di giudicare la propria pretesa *vis-à-vis* delle pretese altrui" (Haakonseen 1991, 25).

Dall'istinto di autoconservazione discendevano i principali diritti naturali dell'individuo, come il diritto all'autodifesa e il diritto volto all'appropriazione dei mezzi di sussistenza.

Questi diritti, e gli altri fondamentali individuati da altri pensatori, quali la libertà, la proprietà, erano funzionali alla garanzia dell'autoconservazione dell'individuo, sia nello stato di natura, sia nello stato civile.

Allo stesso modo, le proprietà possedute dai diritti naturali sono espressione e funzione dell'istinto naturale, poiché la preservazione del singolo individuo, non solo è bene universale, ma per essere effettivamente tutelata deve essere circondata da proiezioni morali assunte come inviolabili, imprescrittibili, preesistenti al potere, e quindi fondamentali in quanto fondamentale è il bene ultimo tutelato.

Hobbes (1988 I, 13) sostiene che l'essere umano che deliberatamente scegliesse di restare nello stato di natura contraddirebbe se stesso, poiché una riflessione basata sulla garanzia delle necessità naturali condurrebbe inevitabilmente a qualificare come un bene la cessazione dello stato di guerra mediante l'associazione con altri uomini al fine di garantire la sussistenza, e di conseguenza la preservazione di ciascuno.

Il valore di bene morale associato all'istinto di autoconservazione è suggerito dalla ragione umana sulla base di un'attività di discernimento condotta a partire dalle necessità che esprime la natura umana. L'istinto di autoconservazione presuppone la conoscenza e percezione di alcune caratteristiche della natura umana alla stregua di beni morali, tal per cui, nel caso di un'azione diretta a ledere la vita,

l'integrità ecc., e considerata la preoccupazione di ciascuno per il proprio bene, ne deriva la liceità di un'azione volta ad opporsi al male minacciato, che si traduce nel diritto di autodifesa.

11. *Diritti naturali e legge naturale*

Nelle teorie moderne dei diritti naturali, l'istinto di autoconservazione è un'importante chiave di lettura per comprendere il ruolo che, nel giusnaturalismo moderno, è attribuito alla legge naturale e al suo rapporto con i diritti naturali.

Infatti, la configurazione in termini giuridico-morali dell'istinto di autoconservazione nella forma di diritti non è pacifica, presentandosi, piuttosto un'ambivalenza tra diritti e doveri imposti dalla legge naturale.

Nella dottrina di Locke, l'individuo era sì titolare dei diritti – o meglio proprietario di se stesso – che ne garantivano la sussistenza in funzione dell'autoconservazione, ma, in quanto creato da un'entità divina – questo è uno degli elementi che riserva uno spazio ad argomenti teologici – è destinatario del dovere di preservarsi integro.

Locke (1982, 2.6, 7) dice espressamente che l'uomo era “tenuto a conservare se stesso”, in ragione dell'esistenza di una “fondamentale, sacra e inalterabile legge della conservazione di sé (Ibid 2.24, 20).

La presenza di una legge naturale circoscriveva l'ambito di esercizio dei diritti naturali, incidendo nella capacità del loro titolare di disporre in qualsiasi termine. La limitazione del potere individuale era maggiormente evidente con riferimento al tema relativo alla schiavitù, laddove Locke sosteneva che, sulla base del dovere generale di preservarsi, l'individuo non poteva disporre di sé al punto da sottomettersi volontariamente in schiavitù ad altri, semmai si verificava un'ipotesi di servitù, che ne salvaguardava gli attributi fondamentali (Ibid 2.24, 20)⁹⁹.

⁹⁹ Anche se l'argomentazione di Locke pare a tratti ambigua e contraddittoria poiché, nel caso di aggressione ai beni giuridici altrui, l'aggressore cede volontariamente la propria vita all'agredito, che ne potrà disporre anche annullandola, dando luogo a una degenerazione dello stato di natura nello stato di

Anche Pufendorf si colloca sulla stessa linea argomentativa di Locke, e sull'ambivalenza tra diritto e dovere in ordine all'impulso di autoconservazione. Egli, come visto, sosteneva che ciascun essere umano è titolare di un diritto naturale che lo abilita a compiere ogni azione necessaria alla garanzia della propria autoconservazione a fare tutto ciò che conduce alla propria preservazione, entro i limiti di una legge di natura che si manifestava sotto forma di un duplice dovere verso gli altri, in quanto il diritto di autoconservazione era esercitabile nella misura in cui non veniva leso il diritto altrui, e verso se stessi, in quanto nessun uomo aveva il diritto di distruggere se stesso: "Quali siano i diritti che accompagnano lo stato naturale dell'uomo, si può facilmente ricavare sia dall'impulso comune a tutti gli animali verso la conservazione del proprio corpo e della propria vita e verso l'eliminazione di tutto ciò che vi si oppone; sia dal fatto che coloro che vivono nello stato naturale non sono soggetti al comando di nessuno.

Dalla prima proposizione risulta che coloro che si trovano nello stato naturale possono usare e godere di qualunque cosa si trovi a portata di mano, mettere in pratica e fare tutto quello che è utile alla propria conservazione, purché non si leda il diritto altrui. Dalla seconda, che gli stessi uomini, come si servono delle proprie forze, così si devono servire del proprio giudizio e della propria volontà, purché conformi alla legge naturale, per procurarsi la difesa e la conservazione di se stessi. Per questo motivo lo stato naturale acquista anche il nome di libertà naturale, perché, prima che intervenga qualche nuovo fatto dell'uomo, ciascuno non appartiene che a se stesso e non è soggetto al potere di nessun altro. Donde consegue anche che ciascuno è uguale all'altro, perché non è soggetto all'altro nè ha l'altro per soggetto" (Pufendorf 1952, 66-67).

Hobbes (1976) oltre a postulare un diritto naturale all'autoconservazione, afferma l'esistenza di una legge naturale che vieta "all'uomo di far ciò che può distruggere la sua vita (...) o tralasciare ciò mediante cui egli pensa di poterla meglio conservare".

Tuttavia, nonostante il riferimento ad una legge di natura, Hobbes prefigura il momento di compressione o minaccia all'autoconservazione in termini di conflitto fra diritti (Viola 1979, 174-184). Il diritto di

guerra.

autoconservazione che il singolo individuo possiede – entro certi termini – su se stesso si scontra col potere di vita o di morte del sovrano sui propri sudditi, che detiene in forza della cessione sociale pattizia. Per Hobbes, la legge naturale obbliga l'individuo a tenere determinati comportamenti, tra i quali è categoricamente escluso quello di rinunciare alla propria autoconservazione, pena la nullità di ogni atto o patto contrario. Forte di questa premessa, Hobbes (1988) negava che a fronte del potere del magistrato di disporre della vita del criminale corrispondesse una soggezione di quest'ultimo, supportando, piuttosto, una visione che contrapponesse ai comandi del magistrato la libertà di disobbedire del criminale. La situazione di necessità generata dalla lesione, potenziale o effettiva, dell'esistenza individuale giustificava condotte che altrimenti avrebbe potuto qualificarsi illecite come il furto o l'uso della violenza.

Alcuni autori sostengono che la conflittualità tra diritti privati e diritti pubblici non è esclusiva soltanto di Hobbes, che più degli altri enfatizza il momento soggettivo, ma anche di altri autori giusnaturalisti. Un'interessante osservazione proviene in particolare da Glenn (1984, 80-105), il quale ha sostenuto che la peculiarità dell'argomentazione di Locke in relazione ai dilemmi che emergono in determinati casi – tra cui, oltre l'ammissibilità o meno di negare la propria autoconservazione, rileva soprattutto quello concernente l'ammissibilità di condotte volte a sottrarsi dalla lecita applicazione della pena capitale, o di obbedire a ordini legittimi che tuttavia potrebbero minacciare la preservazione – tratteggia i caratteri di un rapporto politico contrassegnato da un conflitto fra rispettivi diritti: da un lato il diritto del governo di ordinare a un proprio cittadino di andare incontro alla propria morte, dall'altro il diritto del cittadino di resistere ed evitarne l'esito.

Una simile ricostruzione è possibile anche in Pufendorf, basti pensare che, sulla base di argomenti analoghi a quelli di Hobbes, al diritto del magistrato di condannare il criminale – che si atteggia a diritto di proprietà considerato che “in ragione del crimine la persona e la proprietà di un reo sono in potere del magistrato, allo stesso modo in cui in ragione dei debiti la proprietà di un debitore è soggetta al

potere del creditore”¹⁰⁰ – si oppone il diritto del criminale di sfuggire alla propria morte con qualsiasi mezzo¹⁰¹.

Dall’analisi dell’impulso di autoconservazione discende un’importante informazione sulla relazione tra diritti naturali e legge naturale: in alcuni autori, per esempio in Hobbes, la preminenza accordata ai diritti individuali naturali sembrerebbe anteporre i diritti alla legge naturale accordando a quest’ultima una funzione servente e strumentale rispetto ai primi, diretta a rafforzarne la cogenza.

In Locke, o Pufendorf, invece, la legge naturale sembrerebbe collocarsi nello sfondo dei diritti naturali, anticipandoli e rendendoli validi e operativi solo nella misura in cui siano preliminarmente rispettati i doveri che ne discendono.

Le teorie del primo tipo possono essere qualificate come teorie non derivative dei diritti, ovvero di teorie che pensano i diritti naturali come antecedenti e indipendenti dalla legge naturale, la quale, al

¹⁰⁰ Anche in questo caso è ambiguo il confine entro cui può valere il principio della inalienabilità del diritto soggettivo.

¹⁰¹ Si tenga presente che in tutte queste ipotesi di resistenza al comando legittimo, l’individuo reagiva benché il potere altrui non fosse illecito, e quindi non versasse nella situazione di reagire ad un fatto ingiusto altrui. Piuttosto, commetteva un torto il magistrato che non era stato in grado di prevenire la fuga e l’opposizione vittoriosa del criminale, contravvenendo ai doveri del proprio ufficio. Il diritto di difendersi da un male alla propria persona e ai propri beni non è nuovo. Già con Enrico di Gand (De Lagarde 1956; Macken 1979; Wilks 1963.) si manifestò in termini giuridici una questione dibattuta tra il XII e il XIII secolo. Si trattava di capire se un soggetto legittimamente condannato a morte potesse altrettanto legittimamente fuggire. Enrico presentò la questione come un conflitto fra diritti: da un lato il diritto del giudice sul corpo del condannato, che si estrinsecava nel potere di cattura, detenzione, e esecuzione della pena capitale; dall’altro il diritto del criminale a preservare la propria vita. In un conflitto tra pretese concorrenti bisognava definire una gerarchia ed Enrico attribuì la prevalenza al diritto del criminale. Il criterio per costruire una gerarchia fu costituito dallo stato di necessità: difatti, mentre il criminale era spinto ad esercitare il proprio diritto sulla base della necessità di preservare la propria vita, il giudice, al contrario, non aveva necessità alcuna di esercitare il proprio. Peraltro, mentre il giudice aveva un diritto all’uso sul corpo del criminale, quest’ultimo, invece, ne conservava la proprietà. In realtà la dottrina di Enrico fu meno estrema di quanto si potesse immaginare, giacché il diritto del criminale a fuggire o liberarsi da una situazione di pericolo era legittimamente esercitabile solo nel caso di negligenza del giudice. Solo nel caso in cui il giudice avesse ommesso di esercitare un controllo sulla custodia del criminale, allora quest’ultimo avrebbe potuto esercitare legittimamente il proprio diritto alla sopravvivenza, altrimenti, nel caso in cui avesse cercato di evadere nonostante i rigorosi controlli del sistema giudiziario, avrebbe danneggiato il diritto altrui, commettendo un atto ingiusto.

limite, funge da strumento per la loro garanzia e salvaguardia. Nel secondo caso, invece, si avranno teorie c.d. derivative dei diritti, ove i diritti naturali sono un prodotto, o meglio una concessione della legge naturale (Viola 2009, 70-71)¹⁰².

12. *L'interpretazione del contratto sociale e il ruolo dei diritti naturali: tre ipotesi paradigmatiche*

Nello schema generale di cui si avvalgono i teorici moderni dei diritti naturali, come visto, il passaggio dallo stato di natura allo stato civile avviene attraverso la stipulazione di due patti, il *pactum unionis* e il *pactum subjectionis*. Con il primo gli individui decidono di abbandonare l'insicurezza e l'isolamento che caratterizza la vita nello stato di natura, per associarsi in comunità, segnando l'opzione verso un'unità sociale e politica della moltitudine, che diviene autonomamente individuabile; con il secondo l'umanità associata istituisce il proprio capo assoggettandosi al suo potere, e all'insieme di relazioni giuridico politiche che determinano la forma di governo (Facchi 1997, 102)¹⁰³.

Nonostante la base formale per fondare l'esercizio legittimo del potere e il fondamento del diritto sia la medesima, tuttavia vi sono diversi modi di concepire il *modus operandi* di queste teorie.

L'eterogeneità dei presupposti a partire dal quale ciascun autore ha costruito la propria teoria hanno determinato la configurazione di diverse dottrine politiche. Non solo, ma un ruolo determinante è stato svolto dal modo in cui bisognava concepire i termini della cessione dei diritti: l'alienabilità totale o parziale dei diritti individuali ha inciso

¹⁰² Altre teorie non sono così facilmente collocabili nell'uno o nell'altro gruppo di modelli concettuali. Alcuni autori, ad esempio, hanno avanzato l'ipotesi che anche la teorie dei diritti naturali di Grozio si presta ad una lettura equivoca, potendo ora essere intesa come una teoria non derivativa dei diritti, e facendo dipendere il diritto naturale dai diritti naturali (Haakonssen 1985), oppure una teoria derivativa dei diritti, in cui l'effettività dei diritti naturali è legata al rispetto della legge naturale che obbliga ciascuno a perseguire la pace sociale mediante il rispetto dei diritti (Tuck 1979).

¹⁰³ Interessante la ricostruzione fornita dall'autrice che sottolinea la nascita del diritto privato con la conclusione del *pactum unionis* e la nascita del diritto pubblico con il *pactum subjectionis*.

sulla costituzione di regimi politici differenti (Tierney 2002, 263), contrassegnati da relazioni problematiche inerenti il rapporto tra titolarità ed esercizio dei diritti, determinando essenzialmente tre modelli politici generali: la dottrina dell'assolutismo, la dottrina della rappresentanza e la dottrina della volontà generale che, a fronte della rilevante mole d'interpretazioni fornite da numerosi autori moderni, saranno schematicamente espressi ricorrendo alle teorie che hanno avuto una significativa diffusione sul pensiero giuridico-politico successivo, ovvero quella di Hobbes, Locke e Rousseau.

Tuttavia, si tratta di teorie che oltre ad usare un medesimo schema logico formale di derivazione del potere politico, hanno altresì in comune la centralità dell'individuo e dei suoi diritti naturali – seppur con alcune differenze sul tipo di diritti naturali connaturati all'individuo – e la circostanza che si tratta di società civili sorte e legittimate a partire dal consenso intersoggettivo.

12.1 *La dottrina dell'assolutismo*

Tra i promotori dello stato assoluto, il principale esponente è sicuramente Hobbes (1976, 1988) – anche se vi si ritrovano Grozio Selden Pufendor –. Hobbes descrive lo stato di natura come una condizione umana segnata dalla libertà ed eguaglianza di tutti gli individui che, a causa della asocialità che li caratterizzava e dalla necessità che li spingeva a lottare per la sopravvivenza, vivevano in uno stato di perenne guerra. Una condizione segnata dalla prevalenza di situazioni negative, dalla paura e dal timore che assoggettava ciascun individuo allo *ius omnia* di ogni altro. L'uomo è visto nella sua dimensione prettamente selvaggia, ricercatore esclusivo del proprio utile e legato alla condizione di *homo homini lupus*. Data la situazione d'incertezza in cui versavano gli uomini nello stato di natura, e la necessità di preservare la propria esistenza, unitamente alla paura della morte, un'analisi razionale della situazione suggerisce all'uomo di porre fine all'angoscia abbandonando lo stato di natura: "Orbene, è facile intendere quanto uno stato continuo di guerra sia poco idoneo alla conservazione, così della specie umana, come di ciascun individuo

in particolare (...) Dunque chiunque scegliesse di rimanere in quello stato, in cui tutto è lecito a tutti, finirebbe per contraddire se stesso. Infatti, seguendo le necessità naturali, ciascuno cerca il proprio bene, né può esservi qualcuno che stimi come proprio bene la guerra di tutti contro tutti, che è caratteristica naturale di tale stato. E così accade che, spinti dal timore vicendevole, riteniamo che si debba uscire da una simile situazione e ci si debba procurare dei compagni" (Hobbes 1988, I, 13). Il mezzo per realizzare l'intento desiderato è rappresentato da un accordo sociale, che testimonia la coscienza dell'umanità verso il problema e, al contempo, la soluzione da apprestarvi. Generalmente l'accordo viene qualificato come patto di soggezione perché ciascun individuo si impegna coscientemente, e a condizione che tutti si comportino in egual modo, ad alienare il proprio *ius omnia* ad un soggetto terzo, istituendo un sovrano e determinando la transizione dallo stato di natura allo stato civile. Nella visione hobbesiana si realizza un rapporto giuridico-politico segnato dalla (quasi) completa cessione o dal completo trasferimento dei diritti naturali dall'individuo al sovrano¹⁰⁴. Il soggetto si spoglia dei propri diritti in favore del sovrano che assume su di sé, in questo modo, la titolarità e l'esercizio del fascio di poteri individuali, e quindi del potere sovrano di governare la comunità.

L'autorità sovrana così costituita, depositaria della somma dei diritti individuali, nonché dell'insieme dei poteri di governo, è in grado di assicurare la pace e la sussistenza che erano precari nello stato di natura. Dice Hobbes (1976 II, XVII): "La sola via per erigere un potere comune che possa essere in grado di difendere gli uomini dall'aggressione straniera e dalle ingiurie reciproche, e con ciò di assicurarli in modo tale che con la propria industria e con i frutti della terra possano nutrirsi e vivere soddisfatti, è quella di conferire tutti i loro poteri e tutta la loro forza ad un uomo o ad un'assemblea di uomini che possa ridurre tutte le loro volontà, per mezzo della pluralità di voci

¹⁰⁴ Tuttavia, il potere statale non può esplicarsi verso ogni direzione, poiché l'oggetto della cessione individuale non ricomprende la totalità dei diritti, ma esclude il diritto all'autoconservazione. Lo stato è chiamato a garantirlo e proteggerlo. Nel caso in cui dovesse fallire nell'obiettivo, il singolo è legittimato a sciogliere il vincolo che lo lega facendo ciò che è in suo potere per preservare se stesso, ricreando uno stato di guerra.

ad una sola; ciò è come designare un uomo o un'assemblea di uomini a sostenere la parte della loro persona, e ognuno accettare e riconoscere se stesso come autore di tutto ciò che colui che sostiene la parte della loro persona farà o di cui egli sarà causa, in quelle cose che concernono la pace e la sicurezza comuni, e sottomettere in ciò ogni loro volontà alla volontà di lui. Questo è più del consenso e della concordia; è un'unità reale in una sola e medesima persona fatta con il patto di ogni uomo con ogni altro, in maniera tale che ogni uomo dicesse ad ogni altro, io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso, a quest'uomo, o a quest'assemblea di uomini, a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile.

Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona sola viene chiamata uno Stato, in latino *civitas*".

In queste parole si trova l'essenza dello stato assoluto, un regime politico segnato dai rapporti di soggezione tra sovrano e sudditi, in cui vi è una netta distanza tra chi detiene il potere di governo e chi ne è governato: il sovrano, in virtù della titolarità di un potere assoluto, esplica la propria azione politica senza essere sottoposto ad alcun vincolo. L'autorità sovrana della comunità politica diventa la fonte del diritto: produce norme obbligatorie per i consociati, ma non vi è soggetta.

Lo stato, mediante la propria volontà consolidata in legge, diviene il criterio ultimo per distinguere comportamenti buoni da comportamenti malvagi, giusti o ingiusti, introducendo la moralità nelle relazioni interindividuali che era assente nello stato di natura, impostando un sistema ordinato e coerente.

12.2. La dottrina della rappresentanza

Locke (1982), a differenza di Hobbes, pur partendo da premesse epistemiche analoghe, ovvero la situazione originaria dello stato di natura, tuttavia, propone una visione antropologica differente, nella quale l'uomo non è schiavo delle proprie passioni, votato alla ricerca sfrenata dell'utile, ma è una creatura dotata di razionalità e tendenzialmente pacifica. Lo stato di natura descritto da Locke è una

condizione primigenia dell'umanità contrassegnata da due proprietà principali e ricorrenti nelle teorie dei diritti: la libertà e l'eguaglianza.

Ogni individuo è libero di agire e di determinare l'uso e la destinazione di ciò che gli appartiene. Il riferimento al concetto di appartenenza è centrale nel pensiero di Locke, che attribuisce a ciascun individuo, in egual misura, tre diritti naturali fondamentali: il diritto alla libertà, il diritto alla vita e il diritto di proprietà. Peraltro, la libertà rivendicata da Locke per tutti gli esseri umani si atteggia maggiormente nella forma d'indipendenza poiché l'individuo, essendo proprietario esclusivo di se stesso, non dipende da altri nella determinazione delle sue azioni. Tuttavia, l'esercizio dei diritti è vincolato al rispetto dei dettami della ragione naturale che coincide con la legge di natura, limitando le facoltà individuale, e garantendo l'equilibrio nello stato di natura: "Lo stato di natura è governato dalla legge di natura, che obbliga tutti, e la ragione, che è questa legge, insegna a tutti gli uomini, purché vogliano consultarla, che, essendo tutti eguali e indipendenti, nessuno deve recar danno ad altri nella vita, nella salute, nella libertà o nei possessi" (Locke 1982, II,6).

Tuttavia, la natura umana non è infallibile, né perfetta, e ciò causa una latente precarietà della condizione naturale umana che, nel lungo periodo tende inevitabilmente a degenerare in uno stato di guerra dalle fattezze hobbesiane. La difficoltà dell'uomo di comprendere a pieno i dettami della legge di natura (che richiede un'impegnativa attività riflessiva), l'assenza di un'autorità riconosciuta e diversa dal singolo individuo in grado di ristabilire la proporzione dell'equilibrio violato da un torto e dotata dell'imparzialità necessaria per produrre una decisione che sostituisca alla vendetta individuale, la giustizia deficitaria, nonché l'assenza di forza coattiva per imporre l'esecuzione della decisione (Ivi, IX 124), rendono necessario predisporre dei rimedi che contribuiscano a irrobustire tali punti deboli. Locke, a proposito, immagina un contratto sociale che, fondato sul consenso inter-individuale, determini il passaggio dallo stato di natura allo stato civile per scongiurare ogni minaccia all'integrità individuale, istituendo un potere civile in funzione garantista dei diritti individuali, e modellato sul rispetto della legge che governa lo stato di natura: "Se nello stato di natura l'uomo è così libero come si è detto, se è padrone assoluto della

sua persona e dei suoi averi, ugual al più potente e non soggetto a nessuno, perché vuole abbandonare questa libertà? La risposta è ovvia, ed è che quantunque nello stato di natura egli possiede un tal diritto, tuttavia il godimento di esso è molto incerto e costantemente esposto alla violazione da parte di altri (...) ciò gli fa desiderare di abbandonare una condizione che, per quanto libera, è piena di timori e continui pericoli: e non è senza ragione che egli cerchi e voglia aggregarsi in società con altri che siano già uniti da o abbiano intenzione di unirsi per la mutua conservazione delle loro vite, libertà e averi, che io chiamo con termine generico proprietà” (Ivi IX, 123).

Il potere politico legittimato dal consenso, che, con le parole del filosofo “è l’unico modo con cui ciascuno si spoglia della sua libertà naturale e si investe dei vincoli della società civile” (Ivi, VIII, 95) sulla base dell’intimo legame con lo stato di natura, produce delle leggi che devono essere forgiate in aderenza al diritto naturale e alla conservazione e garanzia dei diritti individuali, pena l’ingiustizia della legge civile: “Gli obblighi della legge di natura non vengono meno nella società (...) la legge di natura sussiste per tutti gli uomini, legislatori compresi (...) la fondamentale legge di natura essendo la conservazione del genere umano, nessun decreto umano, in contrasto con essa, può essere buono o valido” (Ivi, XI, 135). A fronte di una legge che non rispetti i dettami della ragione, tacciata d’ingiustizia, il cittadino è legittimato a sciogliere il vincolo sociale che lo lega alla comunità politica, esercitando il diritto/dovere di ribellarsi ai comandi dell’autorità costituita – “appellarsi al cielo” – per garantire la propria conservazione. La visione politica che ne deriva è quella propria dello stato di diritto di tipo democratico, in quanto fondato sul consenso popolare dei soggetti chiamati a eleggere i propri rappresentanti nelle istituzioni politiche, e liberale, ovvero quella forma di organizzazione del potere politico in cui sono previsti dei limiti preesistenti all’azione politica, basati su libertà fondamentali che appartengono per natura all’individuo¹⁰⁵ pensato come fattore costitutivo, ma non costituito,

¹⁰⁵ Le condizioni che il potere politico deve rispettare per mantenere la propria legittimità derivano innanzitutto dalla indisponibilità dei diritti, per cui, sulla base del precetto naturale che inibisce il potere di disposizione individuale, stabilendo che non è possibile trasferire più di ciò che si possiede, gli individui, nell’istituzione dello stato politico, non possono trasferirgli facoltà arbitrarie e

della società (Bongiovanni-Gozzi 1997, 176)¹⁰⁶. Uno stato ove vige il principio di sottoposizione alla legge, sia nel momento costitutivo, sia nella continuità dell'azione politica.

La dottrina politica di Locke è legata al fenomeno democratico rappresentativo, posto che, tra governati e governanti si realizza una sorta di delega del potere politico. Infatti i singoli individui, non cedono completamente i loro diritti, come per la dottrina assolutista, ma ne delegano esclusivamente l'esercizio, mantenendone la titolarità in capo a se stessi. Il nesso di funzionalità tra stato e cittadini è molto più stretto, in quanto i governanti (rappresentanti) esercitano i loro poteri, in primo luogo quello legislativo, in funzione degli interessi dei governati (rappresentati).

illimitate sui loro beni fondamentali, in quanto tale contenuto del potere individuale non era contemplato nello stato di natura. Ne discende inoltre l'incapacità dello stato di trasferire il proprio potere legislativo in altri soggetti, poiché si comporterebbe illegittimamente come proprietario di un potere di cui in realtà non è titolare, ma lo esercita in virtù di delega popolare. L'inviolabilità dei diritti preclude qualsiasi azione politica che sia diretta a privare l'individuo della sua proprietà, a meno che quest'ultimo non presti il proprio consenso. Il sovrano, inoltre, non può governare con decreti arbitrari, ma deve amministrare per via di leggi promulgate, e avvalersi di giudici i cui poteri e le cui funzioni sono precostituite dalla legge, in ossequio a un principio di certezza del diritto.

106 Per garantire un'efficace azione politica di tutela, Locke, e in seguito altri autori, uno su tutti Montesquieu, proposero la teoria della separazione dei poteri. Scrive Montesquieu (Montesquieu 1973, XI, 6): "La libertà politica non si trova che nei governi moderati. Tuttavia non sempre è negli stati moderati; vi è soltanto quando non si abusa del potere; ma è un'esperienza esterna che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne: va avanti finché non trova dei limiti. Chi lo direbbe! Perfino la virtù ha bisogno di limiti. Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per disposizione delle cose, il potere arresti il potere (...) Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiori, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i delitti o le controversie tra privati".

La concezione di Locke influenzò il contenuto della Dichiarazione della Virginia del 1776 ove i diritti vengono concepiti come una realtà antecedente il legislatore che ha il compito di garantirli (Zagrebel'sky 1992). Queste tesi si consolidarono in seguito con la supremazia della costituzione sulla legge e con il sindacato di costituzionalità (Bongiovanni 1997, 82), configurando un modo d'intendere la *Rule of Law*, tipica dei paesi di *Common Law*, come pratica sociale in cui le decisioni legislative e giudiziarie debbono coordinarsi con un sistema basato su una tradizione di regole giuridiche preesistenti, da integrare e sviluppare in coerenza con i propri criteri interni di funzionamento (Viola 2011, 2).

12.3. La dottrina della volontà generale

La teoria dei diritti naturali venne altresì utilizzata per dar forma alla dottrina della democrazia diretta, compendiata nell'idea della volontà generale di Rousseau (1979a; 1979b). Per Rousseau, in maniera tendenzialmente analoga a Locke, lo stato di natura, dalle incerte origini – “uno stato che non esiste più, che forse non è affatto esistito, che probabilmente non esisterà mai, e di cui tuttavia è necessario avere nozioni giuste per giudicare bene il nostro stato attuale” (1979a, parte II) – anziché essere uno spazio di terrore, è una condizione tendenzialmente pacifica in cui vive l'umanità, segnata dall'abbondanza delle risorse necessarie alla sopravvivenza. Nello stato di natura vige un regime di comunione dei beni, inteso come uso di fatto attribuito a ciascun individuo. L'aspetto teorico relativo al regime di circolazione dei beni è un passaggio centrale nelle teorie di Rousseau, secondo cui la transizione dallo stato di natura allo stato civile è coeva e determinata dall'abbandono del metodo dell'uso comune in favore della proprietà privata. Ma la preferenza per la proprietà privata non è considerato dall'autore un bene, quanto, piuttosto, la causa dei mali che avvinghiano l'umanità, foriera di diseguaglianza e d'iniquità: “il primo che dopo aver recintato un terreno pensò di dire questo è mio e trovò altri altrettanto ingenui da credergli fu il vero fondatore della società civile. Quanti crimini, conflitti, omicidi, quante miserie e quanti orrori avrebbe risparmiato al genere umano colui che, strappando i paletti o colmando il fossato, avesse gridato ai suoi simili: “guardatevi dal dare ascolto a questo impostore; siete perduti se dimenticate che i frutti sono di tutti e la terra non è di nessuno” (...) Tale fu o dovette essere l'origine della società e delle leggi (...) distrussero irrimediabilmente la libertà naturale, stabilirono per sempre la legge della proprietà e dell'ineguaglianza, di un'abile usurpazione fecero un diritto irrevocabile” (Ivi 1979a, parte II).

La socievolezza e la benevolenza che animavano lo stato di natura furono sostituite dall'avarizia, dalle ambizioni, dalla cattiveria di un sistema che con artificiosi meccanismi di sedicente giustizia, aveva

legittimato la garanzia della disuguaglianza sociale di natura proprietaria. La proprietà è l'istituto che rappresenta, nella celebre metafora di Rousseau, quelle catene che legano l'uomo, impedendogli di agire in accordo alla propria natura, cioè liberamente.

Obiettivo della teoria dei diritti naturali di Rousseau è quello di recuperare la libertà corrotta dalla società civile, avvalendosi di un contratto sociale in grado – diversamente da quanto sostenuto dalle dottrine dell'assolutismo e della rappresentanza – di ripristinare lo stato di natura, migliorandolo negli aspetti problematici: “il contratto sociale, così, non serve per uscire dallo stato di natura, ma per ovviare al danno conseguente al suo sventurato abbandono”(1979a, 738).

Il contratto dovrebbe possedere le qualità di un accordo associativo “che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato e per la quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso e rimanga altrettanto libero quanto prima” (Rousseau 1979 b, I, 6). Il contratto sociale è un atto di libertà che serve a recuperare l'eguale libertà presente nello stato di natura, e che ha per effetto la sostituzione del singolo individuo con un entità pubblica. A seguito della conclusione del contratto sorge un corpo morale e sociale – modellato a imitazione della base anatomica umana (Rousseau 1797c), con capo (potere sovrano), leggi (cervello), nervi (volontà e intelletto), organi (magistrati), bocca e stomaco (attività produttive), membra e corpo (cittadini) –, titolare del potere sovrano, che non si limita a riassumere in sé le singole volontà individuali, ma va ben oltre, poiché è animato dalla volontà generale: “al posto della persona singola di ciascun contraente (il contratto sociale genera) un corpo morale e collettivo, composto da tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea; da questo atto tale corpo morale riceve la sua unità, il suo io comune, la sua vita e la sua volontà” (Rousseau 1979b, I, 6). La volontà generale espressa dal corpo sociale non è da confondere con la volontà di tutti. Tra le due forme di volontà corre la stessa differenza che c'è tra il riferimento al bene comune e il riferimento al bene individuale: “Vi è spesso molta differenza fra la volontà di tutti e la volontà generale: questa non guarda che all'interesse comune, quella guarda all'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari” (1979b, II, 3-4). La volontà generale è la vera volontà di

ciascuno, un punto d'incontro tra la volontà individuale e la volontà sociale (Faralli 1997, 179-180).

L'argomentazione di Rousseau è di un'arguzia notevole. Come si può persuadere un uditorio composto da soggetti in grado di autodeterminarsi e di agire liberamente, restii a cedere la propria autonomia e a sottoporsi al vincolo ritenuto necessario per garantire e promuovere il bene comune?

La dottrina della volontà generale è funzionale allo scopo: se la funzione del contratto sociale è quella di ricostituire l'originaria libertà di cui godevano tutti gli individui nello stato di natura, allora, in realtà, l'impegno che ciascuno contrae unendosi in comunità, non ha il fine di vincolarlo agli altri, quanto piuttosto quello di rinvigorire la propria libertà. Il messaggio di Rousseau crea l'illusione di limite all'azione, determinando, invece, lo scioglimento delle catene sociali e culturali individuali. L'uomo, con l'adesione al contratto, cede la propria libertà individuale e la ri-acquista nella forma rafforzata della libertà sociale e morale, riassunta nella volontà generale.

Nella dottrina rousseauviana la volontà generale che è incorporata nel corpo sovrano è la sola fonte – infallibile – della legge, al di sopra della quale non vi è nulla. La legge ha una forza obbligatoria cogente poiché non è altro che la sottomissione dell'uomo ai dettami della propria volontà, inserita nel sistema della volontà generale.

Poiché la sovranità politica è la sovranità di ciascuno, l'alienazione dei diritti si traduce in realtà in una finzione giuridica – in cui ogni individuo “contratta con se stesso” – che radica nello stesso soggetto la titolarità ed esercizio dei diritti e dei poteri connessi, istituendo un sovrano che non è separato dalla comunità sociale – come nella dottrina assolutista o in quella della rappresentanza – ma coincide con quest'ultima.

In definitiva, la libertà ridefinita da Rousseau e garantita dalla legge si traduce in una forma di autonomia pubblica che si concretizza nell'obbligo di obbedire alla legge che ciascuno, con la stipulazione del contratto sociale, ha prescritto a se stesso, cioè alla quota di volontà generale che assume su di sé, concepita come volontà di tutto il popolo e su tutto il popolo. Costringere un membro della comunità politica all'obbedienza alla legge – che in quanto libero potrebbe avere una

volontà contraria all'interesse generale – significa, in ultima istanza, obbligarlo ad essere libero¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Le tesi di Rousseau sono immediatamente rinvenibili all'interno della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, per la quale " il legislatore non può ledere i diritti perché è necessariamente giusto, ed è tale perché incarna in sé la volontà generale del popolo" (Fioravanti 1991, 70). Paradossalmente, l'obiettivo della tutela dei diritti naturali e imprescrittibili condusse ad affermare la sovranità della legge e il legicentrismo (Barbera 1997, 6-10). I diritti non preesisteranno più allo stato, ma diverranno progressivamente oggetto di concessione statale. Nel contesto della rivoluzione francese, i diritti naturali furono considerati antecedenti allo stato assolutista, che era il nemico da abbattere, ma coevi allo stato democratico nascente, espressione della volontà generale, dando vita ad un sistema giuridico che assumerà i tratti della *Rule of Law* dei paesi di *Civil Law*, imponendosi attraverso il formalismo della legge generale e astratta e l'autorità del sovrano come fonte del diritto (Viola 2011, 3).

Capitolo III

Confronto

1. *Analogie*

Nel ripercorrere gli spunti teorici offerti dalla ricognizione dei significati ontologici, epistemologici, assiologici e antropologici espressi dal mondo dei diritti umani e dei diritti naturali, sono emersi diversi profili che rendono problematica una presunta corrispondenza univoca e senza residui tra le categorie considerate.

In via preliminare però, non si può disconoscere il ruolo che, nello sviluppo del pensiero etico-giuridico, e della storia delle istituzioni, hanno avuto le argomentazioni giusnaturaliste di stampo razionalista.

Non solo con riguardo al linguaggio utilizzato nella stesura dei documenti giuridici internazionali sui diritti umani, ma anche all'interno dei singoli ordinamenti che subiscono il fascino del rinnovamento istituzionale moderno sono rinvenibili una serie di significativi collegamenti con il giusnaturalismo razionalista¹⁰⁸.

L'analogia con l'universo dei diritti naturali non è soltanto meramente linguistica, considerato che gli influssi del pensiero giuridico moderno sono percepibili nel discorso che investe i diritti umani per quel che riguarda il profilo morale.

¹⁰⁸ Si pensi, ad esempio, all'evidente analogia tra il riconoscimento effettuato dallo stato italiano circa i diritti inviolabili dell'uomo (art.2 Cost.) e il riferimento ai diritti naturali inviolabili operato in sede di posizione di norme fondamentali da parte dell'Assemblea Costituente.

1.1. *Soggettività morale*

Innanzitutto viene in rilievo il primato etico-giuridico riconosciuto all'essere umano nella sua soggettività.

La dimensione morale che qualifica l'essere umano e lo distingue da altri enti naturali consiste nella capacità di attivare una serie di poteri morali e giuridici, di cui è titolare solo in ragione della propria natura, mediante i quali determinare la sfera giuridico-morale di altri soggetti con cui entra in relazione. Tanto i diritti naturali quanto i diritti umani esprimono “una connessione tra una classe speciale di richieste morali e lo status di alcuni esseri, i titolari dei diritti (cioè gli esseri umani), come soggetti dotati di valore morale” (Pogge 2010, 74). La soggettività morale e giuridica dell'essere umano è legata a un'idea che potrebbe essere definita come tesi della doppia dotazione patrimoniale. Pensato nella sua dimensione morale, l'essere umano dispone di un proprio patrimonio morale che si compone di beni fondamentali (tra cui rientrano la libertà, l'onore, ecc...), e di poteri diretti alla protezione e promozione di questi beni costitutivi. Le interazioni tra enti morali causano delle modifiche nel mondo morale degli agenti. La peculiarità della moralità rivendicata nel pensiero moderno sta nell'attribuzione di valore all'aspetto soggettivo, ai diritti dell'individuo espressivi di una logica di potere che è in grado di fissare le linee di condotta di coloro i quali ne vengano assoggettati. I diritti esprimono dei poteri morali che impongono obblighi sulla sfera del destinatario. Colui che assume l'obbligo, in conseguenza del diritto altrui, soggiace ad un vincolo sulla propria condotta che non è determinato da entità superiori trascendenti o immanenti nella totalità delle cose, ma scaturiscono direttamente dalla natura umana: “In questo contesto il soggetto è morale non solo nel senso che ha fini morali e che ha obblighi morali, ma soprattutto nel senso che la sua azione produce effetti morali, per cui esso è centro d'imputazione di diritti e doveri” (Viola 2009, 75).

L'uomo è soggettività razionale, un essere in grado di prendere in mano la propria vita, assegnargli una direzione e assumersi la responsabilità delle proprie scelte.

La dottrina dei diritti naturali determina la transizione da una visione cosmica delle relazioni sociali, ove il diritto è il principale

fattore di ordine sociale modellato sulla base dell'ordine naturale, a una visione antropocentrica, in cui divengono rilevanti le prerogative e i vantaggi di una parte della relazione sociale¹⁰⁹.

Ciò determina una separazione ontologica tra l'uomo e gli altri esseri della natura. Sulla scorta di una gerarchia ideale di esseri, l'uomo viene posto sul piano principale, atteso che le doti razionali connesse alla sua natura lo elevano al di sopra degli altri esseri, fornendogli quelle attitudini riflessive, analitiche, di rigore logico che gli consentono di prendere posizione su se stesso e sul mondo alla luce di un'interpretazione in senso dominativo delle relazioni interpersonali.

L'analisi del diritto soggettivo di matrice groziana denuncia questo aspetto caratteristico della natura umana. Il diritto soggettivo naturale che è espressione della fusione tra libertà e proprietà configura l'uomo come un essere essenzialmente libero, la cui razionalità gli consente di autodeterminarsi e di essere autonomo, esercitando queste prerogative di libertà nella forma di relazioni di dominio (in primo luogo, di dominio con se stesso). L'ipotesi di un patrimonio interiore ed esteriore proprio dell'essere umano determina questa attitudine umana di imprimere una relazione proprietaria con le cose con cui viene in relazione, persino con se stesso, sulla base di un atteggiamento di tipo riflessivo, che gli consente di acquistare distanza da sé e avere padronanza delle proprie azioni in modo analogo a quanto visto con i beni esteriori.

La dimensione morale della soggettività umana, e i poteri a questa connessa, sono il portato della tendenza razionalista che anima il giusnaturalismo dei diritti. La ragione è in grado di discernere l'etica dall'osservazione della natura umana, formulando criteri di condotta idonei a distinguere tra il bene e il male, il giusto e l'ingiusto, il vizio e la virtù. La moralità si manifesta come prodotto di una relazione tra fatti, norme, e soggetti in grado di comprenderne, interpretarne e seguirne i dettami.

¹⁰⁹ “Il moderno vocabolario e la grammatica dei diritti (...) sono un versatile strumento con cui riferire e affermare le esigenze, o altre implicazioni, di una relazione di giustizia dal punto di vista della persona (o delle persone) che da quella relazione trae beneficio. Essi forniscono di parlare di ciò che è giusto da una speciale angolatura: il punto di vista dell'altro a cui qualcosa (...) spetta o è dovuta, e a cui verrebbe fatto un torto se gli venisse negata” (Finnis 1996, 223).

1.2. *Eguaglianza*

Un'altra idea che ha avuto una significativa diffusione nella configurazione degli ordinamenti giuridici e morali contemporanei consiste nella rivendicazione del principio di eguaglianza.

Gli ordinamenti giuridici delineatisi a partire dalle rivoluzioni moderne (salvo le eccezioni) hanno promosso la costruzione delle strutture normative sulla base di norme generali e astratte dirette ad applicarsi alla generalità dei consociati, mentre la previsione di un trattamento particolare doveva essere giustificata.

Dalle dichiarazioni internazionali alle costituzioni nazionali, non manca il riferimento al principio di eguaglianza nell'architettura strutturale degli stati.

Se i diritti venissero privati della veste dell'eguaglianza, ritornerebbero ad essere quei privilegi contro cui si opposero strenuamente i teorici e i politici rivoluzionari.

L'abolizione del criterio degli *status* aprì le porte alla costruzione razionale del diritto e della morale, pensate come insiemi sistematici di prescrizioni basate sulla presupposta natura astratta dell'essere umano. Il principio di eguaglianza che permea l'universo dei diritti opera su un piano strettamente logico-formale, traducendosi nel divieto di discriminazione per motivi legati a fattori arbitrari e contingenti dell'essere umano quali il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche e le condizioni personali e sociali.

Inoltre, l'eguaglianza richiama implicitamente la presenza tra gli appartenenti alla specie umana di qualità comuni percepibili mediante un atteggiamento riflessivo sulla natura umana. L'eguaglianza è un altro modo di affermare che diritti naturali e diritti umani sono quei diritti che ciascun essere umano possiede semplicemente in virtù della sua natura, vale a dire titoli uguali di partecipazione ad una comunanza di beni.

Dall'asserita eguaglianza espressa da entrambe le categorie morali, discende il loro carattere tendenzialmente illimitato e ampiamente condivisibile (Pogge 2010, 71-72). Sono illimitati poiché esprimono delle

qualità ascrivibili alla costituzione morale dell'essere umano che si mantengono costanti indipendentemente da considerazioni di tempo e di spazio, svincolate da specificità di natura culturale, filosofica, sociale, convenzionale. L'eguaglianza è il risvolto del carattere pre-istituzionale che connota i diritti naturali e ritorna nei diritti umani¹¹⁰.

Una volta appurato che i diritti contengono istanze basilari e illimitate, allora dovrebbero essere riconoscibili e condivisibili da tutti, anche da coloro le cui culture appaiano basarsi su pratiche incompatibili con i valori della persona umana. Anzi è necessario, in via preliminare, abbandonare gli schemi mentali interpretativi della specifica cultura sociale che influenza il giudizio individuale. I diritti umani e i diritti naturali, per poter rivendicare e mantenere il loro carattere universale richiedono che l'accettabilità dei loro contenuti si valuti senza ricorrere a condizionamenti sociali. Peraltro, l'ampia condivisibilità, con riguardo specifico ai diritti naturali, non sarebbe stata altrimenti possibile senza il processo di secolarizzazione che svincolò il linguaggio morale dalla giustificazione teologica che investiva e radicava in un determinato contesto storico-culturale il pensiero giuridico e morale medievale.

La larghezza della condivisione dipende dalla capacità di isolare i diritti dai contesti filosofici, morali, religiosi, culturali. L'ampia condivisibilità procede di pari passo con l'isolabilità dei diritti umani da coordinate specifiche, altrimenti, le richieste morali rivendicate non sarebbero né propriamente naturali né tanto meno umane, ma afferenti alla natura dell'uomo particolare, di una regione particolare, in un tempo particolare e così via. "Tutti gli esseri umani hanno esattamente gli stessi diritti" perché "tutti gli esseri umani contano allo stesso modo" (Pogge 2010, 75).

Queste caratteristiche possono essere qualificate come delle assunzioni stabili che caratterizzano le teorie dei diritti e che segnano

¹¹⁰ Sul carattere pre-istituzionale dei diritti, la giurisprudenza italiana, chiamata ad analizzare i profili di legittimità relativi all'applicabilità dell'art. 16 delle preleggi al codice civile, in cui è subordinata l'ammissibilità dello straniero al godimento delle libertà e diritti civili attribuiti al cittadino italiano alla condizione di reciprocità, ha stabilito che il criterio usato dalla norma in oggetto non può essere invocato al fine di ostacolare o comprimere i diritti fondamentali della persona, a prescindere dalla cittadinanza del soggetto straniero e dal fatto che questi diritti siano o meno riconosciuti nel suo Paese.

un profilo di continuità tra l'universo dei diritti naturali e l'universo dei diritti umani, sebbene l'interpretazione del contenuto non sia univoca, essendo spesso integrata da differenti concezioni sulla natura umana.

La continuità tra diritti naturali e diritti umani – come rilevato – può essere rivendicata sotto il profilo del linguaggio utilizzato per esprimere delle esigenze morali, e su alcuni postulati morali che hanno preso piede nella forma giuridica e morale e dei diritti naturali e si sono stabilizzati nelle forme di diritti umani.

Nell'utilizzo del linguaggio dei diritti (naturali o umani) per esprimere richieste morali si rinvencono degli aspetti che sembrano trascendere le dinamiche dello sviluppo storico dell'uomo riferendosi a qualità costanti inerenti la natura umana.

Il linguaggio dei diritti, naturali e umani, è uno strumento idoneo a formulare ed esprimere richieste morali rivolte ad agenti in modo da orientarne e vincolarne la condotta al raggiungimento di un determinato risultato. La moralità proiettata da entrambe le categorie è in grado di determinare l'assetto delle istituzioni e delle pratiche sociali, in considerazione dell'importanza degli interessi e valori presupposti, incidendo nella conformazione e legittimità degli ordinamenti giuridici.

Il potenziale esplicativo morale associato al linguaggio dei diritti naturali e dei diritti umani colloca il profilo assiologico al centro del dibattito sulla costituzione delle istituzioni giuridiche e civili, ancorandone il fondamento ultimo alla presa d'atto di valori dal cui riconoscimento dipende la sussistenza stessa della società. La centralità delle rivendicazioni morali implica altresì che, in caso di conflitto con altre istanze – siano esse morali o meno –, in ragione del rango e dello *status* attribuito dalla collocazione dei diritti all'interno del sistema morale dell'individuo e del sistema giuridico, queste debbano prevalere sulle altre.

Il linguaggio dei diritti, pertanto, esprime delle preoccupazioni morali fondamentali dell'individuo (Pogge 2010, 71), vale a dire elementi strutturali della sua costituzione biologico-morale, la cui violazione si tradurrebbe nella negazione stessa del principio che anima l'essere umano e lo distingue e specifica rispetto agli altri esseri,

configurando una grave ingiustizia.

2. Differenze

Nonostante la continuità tra diritti naturali e diritti umani sia rivendicata sotto un profilo logico e formale, corredato da alcuni requisiti sostanziali sulla dimensione morale dell'essere umano, tuttavia, è proprio sul versante contenutistico che si riversano le più significative differenze che – si anticipa – impediscono una riconduzione senza residui dei diritti umani nel novero dei diritti naturali del giusnaturalismo moderno.

Di seguito saranno evidenziati alcuni aspetti ove si manifesta maggiormente la distanza tra diritti umani e diritti naturali. Ciascuno di essi conterrà ragioni forti per escludere una sintonia piena tra diritti naturali e diritti umani, riconducibili alla diversità del percorso giustificativo delle categorie concettuali in esame che procede dall'alto verso il basso (*top-down*) per i diritti naturali, e in direzione opposta, dal basso verso l'alto (*bottom-up*), per i diritti umani (Viola 2009, 77).

In un'ottica giustificativa delle posizioni giuridiche soggettive ascrivibili all'individuo, mentre in un approccio basato sui diritti naturali s'individuano in astratto i diritti di cui l'uomo è – o dovrebbe essere – titolare, per verificare, successivamente, quali tra questi siano effettivamente riconosciuti, un approccio legato ai diritti umani, invece, prende spunto dai diritti che sono effettivamente riconosciuti per risalire alla formulazione di modelli teorici che spieghino i presupposti intrinseci della pratica e la assoggettino a revisione critica.

2.1. *Il valore della storia*

Un'assunzione concettuale stabile delle posizioni che accomunano le teorie dei diritti naturali moderne è rappresentata dalla naturale preesistenza dei diritti naturali agli atti di riconoscimento positivo. I diritti naturali possiedono una valenza squisitamente pre-sociale, intimamente legati alla natura umana e di conseguenza sorti nello

stato di natura, assurgono a criteri di valutazione delle scelte politiche, mantenendo il loro valore morale intrinseco indipendentemente dal riconoscimento proveniente da autorità ufficiali produttive di diritto. Secondo la teoria dei diritti naturali la dimensione storica è un elemento complementare non necessario per la validità delle pretese sostanziali di fondo. In questo senso il carattere pre-sociale dei diritti naturali porta con sé anche una matrice antistorica, nel senso che le forme di manifestazione che assume l'esperienza umana nel corso della storia sono irrilevanti o di poco peso al fine di incidere sulla forza cogente dei diritti naturali. Un diritto naturale sarebbe parimenti comprensibile nel suo contenuto e giustificabile nonostante non fosse riconosciuto dall'ordinamento positivo e ne venisse fornita un'errata interpretazione. Del resto i diritti naturali moderni e le figure istituzionali da questi tratteggiati erano pensati come modelli astratti dotati di validità universale e assoluta, legittimati dalla ragione naturale assoluta, ed espressivi di istanze eterne ed immutabili (Meinecke 1967)¹¹¹.

Se dalla dottrina giusnaturalista moderna si volge lo sguardo alle vicende teorico-fattuali inerenti i diritti umani, ci si accorge come non poche siano le difficoltà che s'incontrano allorché si pretenda di giustificarli mediante il ricorso alle premesse indicate dai diritti naturali.

In un primo momento, sembrerebbe paventarsi una sorta di continuità tra diritti naturali e diritti umani, allorché entrambe le posizioni giuridiche non sono puramente riducibili entro un fondamento esclusivamente legale. Come i diritti naturali, anche i diritti umani, per quanto riguarda la questione della positività, non sono oggetto di concessione da parte dello Stato, ma impongono allo stesso un dovere di riconoscimento.

La dinamica del riconoscimento implica il ricorso ad elementi che preesistono rispetto all'attività cognitiva. In questo caso lo stato non crea il diritto ma si limita a prendere atto dell'istanza morale per

¹¹¹ La prevalenza della ragione calcolatrice e ordinatrice dell'intero universo sembrerebbe implicare piuttosto un'estromissione della storia dal pensiero, una sorta di liberazione di quest'ultimo dai fraintendimenti e dagli errori commessi nelle espressioni storiche umane, tradendo una volontà diretta a piegare la storia al servizio delle teorie politiche e morali (Troeltsch 1977, 194-195).

tradurla in istanza giuridica, fornendola delle garanzie e degli strumenti per renderne effettivo l'esercizio. Inoltre, ciò implica che i diritti umani non sono soltanto quelli che di fatto sono riconosciuti nei documenti giuridici ufficiali, ma sono anche quelli che dovrebbero essere oggetto di riconoscimento¹¹².

Perciò, laddove per diritto umano s'intende quel diritto che preesiste alla legge statale, si registra una sintonia con i diritti naturali, denotando un processo di progressiva introduzione di istanze assiologiche di tipo pre o meta-giuridico all'interno degli ordinamenti positivi.

Tuttavia, lo scenario muta nettamente allorchè si considerino gli argomenti che ruotano intorno al riconoscimento dei diritti umani, nonchè il valore che acquistano i diritti umani nel momento in cui sono associati a documenti giuridici ufficiali. Nei trattati internazionali, primo fra tutti la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, essi assumono una forma positiva che li fornisce di un certo grado di contingenza e storicità. "Ogni codificazione o costituzionalizzazione è, infatti, un atto culturale, e perciò storico. Il fatto stesso che alcuni diritti divengono l'oggetto di un consenso, che si esplicita in un atto politico, segna una data importante nella storia dei diritti dell'uomo" (Viola 1989, 169; Cottier 1983, 200). Il fatto sociale della produzione giuridica attribuisce ai diritti umani un carattere innovativo, dinamico ed evolutivo, in continua espansione, così com'è evolutiva la dinamica sociale e relazionale della vita umana.

L'individuazione dei diritti umani e la loro dimensione semantica dipende dalle situazioni storiche di riferimento e, in tal senso, si può affermare che si tratta di diritti che dipendono dalla coscienza storica dell'umanità (Cotta 1982, 645-654; Viola Ibid.; Gewirth 1982, 218-233; Shue 1996; Donnelly 2003), cioè dalla coscienza relativa alle violazioni perpetrate a danno dell'uomo, nei vari contesti geografici e cronologici (per esempio la questione sociale conduce verso i diritti del lavoratore). Poiché il discorso sui diritti umani emerge quando si è dinnanzi a violazioni efferate, allora "i diritti umani diventano significativi quando acquistano contenuto politico" (Hunt 2010, 8).

¹¹² Tra i casi paradigmatici di dovere morale vi è il dovere di riconoscimento giuridico di un diritto morale che s'impone sugli organi statali (Nino 1996, 175).

Anche nelle concezioni ortodosse dei diritti umani non manca il riferimento a una serie di situazioni di base che si manifestano storicamente nella vita umana, e che vengono elevate al rango di diritti umani. Si pensi a Nussbaum, o ancora a Griffin, che nella proposizione delle loro teorie colgono la necessità di collegare i principi teorici rivendicati con una serie di situazioni concrete in cui si è trovato o si potrebbe trovare l'essere umano. Nella ricostruzione morale dei diritti umani il collegamento tra teoria e pratica dei diritti lascia intendere la necessità di trovare la conferma delle proprie posizioni nella concretezza dell'essere.

Da ciò segue che i diritti umani sono difficilmente pensabili senza riferimenti di tempo e di luogo. Essi sono appropriati in un contesto di interazione di carattere globale, ove l'uomo è posto di fronte ad innumerevoli minacce e violazioni del proprio essere¹¹³.

Il catalogo dei diritti umani è una lista dinamica, aperta all'ingresso di nuove espressioni di significatività umana rinvenute in conseguenza delle ingiurie subite. Un'ulteriore conseguenza dell'influsso storico sulla concezione dei diritti umani consiste nell'incapacità di individuare il loro contenuto indipendentemente dalle istituzioni politiche e sociali. Il diritto di asilo politico, ad esempio, non è certamente comprensibile in uno stato di natura, ma è indispensabile conoscere il ruolo delle istituzioni politiche, le forme di governo, i rapporti sociali, le pratiche culturali dei popoli¹¹⁴. Peraltro, un diritto del genere non sarebbe immediatamente ascrivibile a una concezione dei diritti naturali la cui limitata portata quantitativa è dovuta al sostrato biologico su cui aderisce. In tal senso una teoria dei diritti naturali, rivendicando diritti connessi a esigenze basilari, come il diritto alla vita, alla libertà, non sarebbe in grado di giustificare diritti

¹¹³ La nascita dei diritti umani sarebbe collocabile nel quadro delle relazioni internazionali all'alba della Pace di Westfalia (Beitz 2009)

¹¹⁴ Nell'epoca della rivoluzione francese vigeva un divieto, di carattere legislativo, in ordine alla creazione di associazioni di lavoratori, nonché di ricorso allo sciopero come forma di pressione sociale per ottenere aumenti di salario. L'inclusione della categoria dei diritti sociali all'interno di quella dei diritti umani induce a ritenere questa legge, diversamente da quanto ritenuto all'epoca, una lesione dei diritti del lavoratore. La veste razionalistica settecentesca esprimerebbe, in realtà, la coscienza morale di una determinata epoca (Maritain 1981, 123-124).

connessi a vicende dello sviluppo culturale. Il contro-argomento utilizzato dai sostenitori del paradigma dei diritti naturali contro l'accusa di ipotizzare un sistema formale, astratto e inadeguato alla realtà concreta (Tasioulas 2010, 118) consiste nel derivare i diritti apparsi durante il corso della storia dai diritti naturali di base. In sostanza, diritti che garantiscono l'accesso alla giustizia presso istituzioni all'uopo congegnate, oppure diritti volti a promuovere gli aspetti socio-istituzionali, come il diritto all'istruzione, sarebbero la concretizzazione storica dei diritti naturali primari, come il diritto all'integrità psico-fisica, o alla libertà. Per salvare la validità delle argomentazioni giusnaturaliste si potrebbe replicare effettuando un'operazione mentale che delinei i tratti di una gerarchia di diritti naturali nella quale si distingue tra diritti di primo grado, indipendenti da uno stato politico, e diritti di secondo grado, concepibili all'interno dell'istituzione politica ma di diretta derivazione dai primi. Tuttavia, il contenuto di un diritto di secondo livello pone non pochi problemi di identificazione con un diritto di primo livello: può il diritto all'assistenza sanitaria essere spiegato mediante il ricorso al diritto alla salute? Il contenuto del diritto all'assistenza sanitaria e il valore dell'obbligo corrispondente manterrebbero integra la propria validità normativa ed esplicativa nonostante l'influenza delle dinamiche evolutive dei tempi?

Da tale interrogativo deriva una seconda critica a coloro che identificano i diritti umani con i diritti naturali, che prende il nome di idealismo (Tasioulas 2010, 118-119). Questa conseguenza delle teorie dei diritti naturali consiste nel definire idealmente le condizioni per l'effettività dei diritti attraverso gli obblighi corrispondenti.

Riprendendo il caso precedente, un'opzione idealista consiste nella determinazione degli obblighi correlativi ai diritti facendo riferimento non alle condizioni storiche di applicazione, bensì alle condizioni potenziali e ideali che riguardano l'interesse o il bisogno sotteso. Ne deriva che il diritto all'assistenza sanitaria sarebbe idealmente pensabile anche per gli uomini delle caverne, seppur privi delle condizioni materiali e degli sviluppi concettuali che assistono un diritto del genere. Secondo questo tipo di argomentazione, ciò che muta è il contenuto del dovere diretto a soddisfare il diritto, non il diritto stesso,

che resta valido e assoluto. Tuttavia, ci si chiede come sia possibile attribuire dei diritti in assenza delle condizioni concrete che ne determinino l'operatività. Il sacrificio del profilo storico, in ultima analisi, comporterebbe un sacrificio del diritto poiché verrebbe frustrata la sua attitudine a generare doveri in grado di fungere da ragioni per l'azione nei confronti del titolare del diritto. L'assenza della prospettiva storica causerebbe l'indeterminatezza dei diritti nonché l'inconsistenza.

Ciò condurrebbe ad erodere la lista dei diritti umani, ad erodere il processo storico di riconoscimento e di progresso della coscienza morale, limitando, di fatto, il valore assiologico presupposto dagli stessi¹¹⁵.

Invece, ciò che s'intende sostenere affermando la valenza storica nei confronti dei diritti umani, dipende dal fatto che, mentre per i diritti naturali il profilo pre-sociale si traduce in una conseguenza antistorica, per i diritti umani, diversamente, il comune presupposto pre-sociale non determina un rifiuto della storia, anzi è proprio per mezzo della storia che viene integrato e compreso il significato dei diritti umani.

Il profilo dell'anacronismo rivendicato dai diritti naturali è conseguenza della loro natura intrinsecamente assoluta, impermeabile alle eccezioni e alle deroghe, valida in senso astratto. Al contrario, i diritti umani, considerata la necessaria dimensione storica e sociale, poiché si tratta di diritti che esprimono e presuppongono una relazione e acquistano significato nella dimensione sociale, non sono dotati di uno status mutuamente esclusivo (Pennock 1981), nel senso che ammettono, in date circostanze, la prevalenza di altri diritti aventi un peso maggiore. In questo senso i diritti umani sarebbero dei diritti *prima facie*, dotati di una forza originaria che è destinata a modificarsi in ragione delle circostanze sociali, economiche, convenzionali che vengono in rilievo.¹¹⁶

¹¹⁵ "International human rights are not even *prospectively* timeless. They are appropriate to the institutions of modern or modernizing societies organized as political states coexisting in a global political economy in which human beings face a series of predictable threats. As the social, economic, and technological environment evolves, the array of threats may change. So, perhaps, may the list of human rights" (Beitz 2009, 58).

¹¹⁶ In realtà questa contrapposizione è discutibile, poiché nella prassi politica e

Invero, prima dell'atto di riconoscimento giuridico non esistono veri e propri diritti umani, ma delle pretese morali, delle istanze etiche, dei "*moral rights*" che sono universali perché ancora privi di forma giuridica. La positivizzazione – la traduzione in *legal rights* – produce una specificazione di queste pretese rendendole particolari.

In questo senso, l'universalità incorporata dai diritti umani rimanda a considerazioni di carattere assiologico presupposte dai diritti stessi, vale a dire quell'insieme di valori che questi ultimi esprimono - quali la solidarietà, la giustizia, la libertà – ma che non sono dei diritti in senso proprio (Raz 1995, 24-27).

Questa prospettiva del discorso lascia emergere un duplice profilo insito nei diritti dell'uomo: una dimensione etico giuridica, presupposta dagli stessi, e una dimensione giuridico-politica necessaria alla prima – pena la dissoluzione del concetto stesso di diritti umani – che li rende veri e propri diritti soggettivi giuridicamente protetti dallo stato (Viola Francesco 1989, 162-163).

Così, mentre i diritti naturali nascono nello stato di natura, “i diritti umani nascono imbevuti di cultura” (Viola 2009, 79).

2.2. L'emancipazione dalla natura

Le differenze di natura pratica emerse in sede di analisi della dimensione storica delle categorie concettuali, oltre ad essere autonomamente identificabili attraverso l'osservazione empirica, sono derivate dai presupposti ontologici che si assumono a fondamento dei diritti.

Le qualità attribuite ai diritti naturali, e in particolar modo l'immutabilità delle idee giusnaturaliste, sono ancorate alla configurazione della natura umana definita sulla base di alcune caratteristiche imprescindibili che scaturiscono dall'istinto di autoconservazione. “I diritti naturali sono diritti all'autoconservazione” (Viola 1997, 288). Essi si basano principalmente su quei poteri derivati da una commistione di libertà e proprietà che sono funzionali e

giurisprudenziale alcuni diritti sono considerati assoluti nel senso dei diritti naturali e prevalgono sempre in un giudizio di ponderazione con altri diritti.

strumentali alla garanzia della conservazione individuale.

In ragione di ciò i diritti naturali non sono numerosi, ma di essi può essere stilata una lista chiusa, composta di pochissime posizioni fondamentali. Dalla lista dei diritti naturali si ricava l'idea di una morale chiusa, in cui l'insieme dei diritti naturali, delle sue modalità semantiche e applicative è già noto e si esaurisce in se stesso, non essendo necessario, al fine di incrementarne la validità, alcun ricorso ad atti integrativi successivi.

Al contrario, la dinamicità dei diritti umani, manifestata dalla proliferazione degli interessi tutelati, non può essere ricondotta al medesimo fondamento previsto per i diritti naturali. Quella dei diritti umani, come visto, è una lista aperta, in continua espansione, che integra e si arricchisce con le nuove esigenze che sorgono dal sostrato sociale, dicendo qualcosa in più sulla natura umana che non si limiti ad una mera ricognizione di istinti naturali, ma esprime una sorta di morale aperta (Viola 2000, 95).

Non a caso l'idea dei diritti umani trova le sue radici nell'idea di dignità. Le teorie dei diritti umani, che cercano di mantenere un contatto con i diritti naturali, non possono fare a meno di servirsi dell'idea di dignità umana per tentare di individuare i valori che scaturiscono dall'individuo e le forme rilevanti di esperienza umana.

Del resto la dignità umana non è solo un prodotto teorico ma ha trovato riconoscimento a pieno titolo nei documenti giuridici internazionali, proclamata e garantita nel primo articolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, e costituisce un criterio di cui si serve la giurisprudenza sia per coordinare le proprie decisioni con la legge fondamentale dello stato sia per garantirne la legittimità.

Si pensi al celebre caso francese riguardante l'introduzione, tra gli eventi serali promossi da una discoteca, del "lancio del nano", risolto dal Consiglio di Stato (1991) francese attraverso il criterio della dignità. Nonostante le ragioni della società francese che gestiva la discoteca furono accolte in primo grado attivato dal ricorso del sindaco di Morsang-sur-Orge che pretendeva di vietarne la pratica, in grado di appello la situazione venne ribaltata. Il Consiglio di Stato annullò la decisione del tribunale amministrativo di primo grado asserendo

perentoriamente che la pratica consistente nell'utilizzare un soggetto affetto da handicap come un proiettile umano è lesiva della dignità della persona umana. Il rilievo attribuito in sentenza alla dignità umana, peraltro, scalzò le contestazioni avanzate dal soggetto interessato dalla vicenda e fondate sulla volontà di prestarsi a compiere gesti del genere, giustificato dall'invocazione della normativa sul lavoro e sulla libertà d'impresa (Cassese 2005).

La lezione che emerge dalla sentenza riportata consiste nel riconoscimento della prevalenza del rispetto della dignità umana persino sulla volontà individuale.

Il riferimento alla dignità umana esclude che il fondamento dei diritti si riduca esclusivamente a una dimensione biologica, in cui libertà e potere siano in grado di incidere sul patrimonio giuridico e morale di un soggetto rendendo lecito ogni atto dispositivo, privilegiando, piuttosto, la preferenza della dimensione morale dell'uomo e dei suoi diritti.

Dai diritti naturali ai diritti umani si snoda una storia del pensiero istituzionale e morale che gradualmente estirpa i diritti e la soggettività umana dal riferimento alla natura umana, collocandolo all'interno di una moralità denaturalizzata.

Il passaggio dalla natura all'etica è determinato dalle idee morali dell'illuminismo scozzese, francese e in particolar modo dell'illuminismo tedesco (Viola 1997; De Mori 2000), che provocano uno spostamento dalla moralità come istanza estrinseca alla moralità come istanza intrinseca¹¹⁷.

¹¹⁷ L'inizio di questo mutamento di prospettiva è osservabile nelle tesi dello scozzese Hutcheson (e prima di lui Gershom Carmichael), per il quale i sentimenti morali dell'uomo sono tendenzialmente votati al bene, e l'attività morale umana deve orientarsi alla sua ricerca: "Tutte le azioni che in qualche luogo vengono considerate ammirevoli (...) risultano invariabilmente derivare da benevolenza e amore per gli altri, e tendono alla loro felicità". Inoltre, le azioni raccomandate come virtuose dal senso morale – intesa come facoltà in grado di fondare oggettivamente le conclusioni etiche (Lecaldano 1995, 86) – sarebbero caratterizzate da una generale tendenza verso la felicità di tutti gli esseri razionali (Hutcheson 1971). Tuttavia, la prospettiva di Hutcheson è ancora legata all'iscrizione della teoria morale soggettiva all'interno dell'ordine provvidenziale divino; Rousseau ipotizza una natura umana concepita essenzialmente buona nel suo stato natura, corrotta dai costumi civili. L'interiorizzazione della morale è rappresentata dalla voce della natura che coincide con la voce dei sentimenti autentici idonei a definire il bene (Taylor 1989, 444). Essendo la natura umana

Con Kant l'uomo è dotato di capacità morale, cioè è un essere in grado di agire moralmente. Colui che agisce moralmente è colui che agisce in conformità alla natura di agente morale, cioè agisce sulla base di criteri morali (*in primis* il dovere). Si tratta di una moralità di tipo razionale, fondata su una ragione moralmente pratica, che indica l'attitudine dell'agente morale di agire e deliberare sulla base di ragioni che non sono eterodeterminate, dettate da un ordine esteriore, ma sono autodeterminate. La capacità di dettare norme a se stessi conduce all'interiorizzazione della legge morale e della sua fonte, la natura razionale. La legge morale nasce dentro l'essere umano, dalla natura stessa della ragione e non è suscettibile di essere definita mediante il ricorso a un ordine esteriore, come l'ordine cosmico, o al mero dato naturale costituito dagli impulsi naturali tradotti in fini da perseguire.

Il concetto di libertà presente nelle teorie dei diritti umani non si potrebbe più ridurre a una mera appendice biologica che si origina dall'istinto di autoconservazione per instaurare relazioni di tipo dominativo in continuità con la proprie inclinazioni naturali, ma assume un valore precipuamente morale che implica la capacità di determinarsi anche nei confronti della propria natura, ricercando i fini della moralità, non più nelle cose esteriori, ma nelle scelte della soggettività.

La differenza che sussiste tra gli esseri umani e le altre creature è da rinvenirsi nella circostanza secondo la quale, mentre questi ultimi si conformano alla legge in modo tendenzialmente inconsapevole, cieco, l'essere umano, in quanto essere razionale superiore "può agire secondo la rappresentazione delle leggi, ossia secondo principi" (Kant 1970, 70). I principi, pertanto, sono le ragioni generali che spingono l'individuo ad agire¹¹⁸. Kant propone una teoria deontologica della morale sulla base

votata al bene, l'uomo deve scoprire in se stesso, nella propria dimensione morale, i modi attraverso cui attingervi. La guida interiore dell'uomo, la sua coscienza "parla la lingua della natura" (Rousseau 1945, 64). L'uomo non è solamente un essere mosso da appetiti biologici, ma è un essere libero e la sua libertà non può essere separata dal proprio io. Essa, piuttosto, è "il modo in cui l'uomo percepisce se stesso e, perciò, è il contenuto del suo sentimento d'esistere" (Viola 1997, 295).

¹¹⁸ L'etica kantiana si risolve nell'elaborazione di principi che presentano i caratteri dell'autonomia (regole che ciascuno detta a se stesso indipendentemente da

della quale ciò che definisce la moralità dell'azione non è il fine verso cui è orientata ma la sua motivazione, cioè lo schema logico razionale che la determina, basato sul rispetto della legge.

Una tesi che individui, a partire da criteri esteriori le fonti da cui derivare proposizioni normative è una tesi che misconosce la natura razionalmente libera e autonoma dell'essere umano, e che, peraltro, condurrebbe ad una contraddizione in termini morali allorché la rispondenza della norma ad un criterio esteriore costituirebbe una declinazione di responsabilità nei confronti delle proprie deliberazioni e azioni.

Ciò che definisce la legge morale è la natura del ragionamento, ovvero "le procedure del ragionamento pratico che impongono di agire secondo principi generali" (Taylor 1989, 446).

La debolezza dell'istinto di autoconservazione nel radicare solidamente le basi per una relazione giuridica efficace, in cui i diritti non si limitano ad essere posti, ma sono resi effettivi dall'adempimento dei corrispondenti doveri, determina lo spostamento dell'accento verso un nuovo fine dell'essere umano: non più la semplice e selvaggia autoconservazione, bensì il compimento della propria personalità morale.

Ritornando al caso francese, i principi stabiliti nella decisione del Consiglio di Stato riecheggiano idee di matrice kantiana. L'uomo, secondo Kant, in virtù della propria natura razionale si distingue dagli altri esseri, possedendo una qualità unica: la dignità. Egli non appartiene al semplice modo della natura (*homo phenomenon*), ove avrebbe un valore mediocre che condivide con tutto il resto degli altri animali, ma appartiene al mondo intelligibile (*homo noumenon*), in quanto persona dotata di ragionamento morale pratico. In questo senso possedere una dignità non significa altro se non possedere un valore incommensurabile e insostituibile: "Il rispetto che ho per gli altri o che un altro può esigere da me è il riconoscimento della dignità negli altri uomini, e cioè di un valore, che non ha prezzo, non ha equivalente con il quale scambiare l'oggetto della stima".

condizionamenti esterni), della categoricità (perché il loro valore non è derivato da un fine particolare), dell'universalità (poiché coinvolgono e sono obbediti da ciascun essere razionale).

Dall'idea kantiana di dignità discende un principio fondamentale della morale: l'uomo non deve essere trattato come semplice mezzo, ma come fine, poiché non ha un valore relativo, ma un valore intrinseco, possiede una dignità ed è egli stesso fine. Il rispetto della legge morale kantiana e dei suoi principi implica il rispetto della dignità dell'uomo come sostanza razionale (Taylor 1985).

Traducendo in chiave filosofica la decisione del Consiglio di Stato, il nano, con la sua condotta, ha consapevolmente violato il primo principio della morale kantiana, accettando far regredire se stesso da fine a mezzo per il divertimento di altre persone. La violazione del precetto morale categorico si traduce nell'affermazione giuridica dell'irrinunciabilità della dignità umana.

L'influenza kantiana si rinviene anche nell'aspetto pratico dei diritti.

È stato notato che nella fase dell'applicazione dei diritti umani sembra manifestarsi una sorta di corso orientato (Habermas 1989, 116), basato su un principio di reciprocità, secondo cui un diritto rivendicato da un soggetto non può essere negato ad un altro, cioè deve essergli riconosciuto nella medesime circostanze. Ancora una volta è presente Kant in questo corso logico dei diritti: se la dottrina kantiana prescrive che l'uomo agisce sulla base di ragioni di applicazione generale, ciò implica che "una cosa non può costituire una ragione per me in questo momento senza costituire una ragione per tutti gli agenti che si trovino in situazioni analoghe negli aspetti rilevanti" (Taylor 1989, 445).

Peraltro, la logica interna ai diritti umani va oltre la semplice reciprocità delle prerogative rivendicate, spingendosi sino all'asimmetria (D'Agostino 1997, 26-27) nel momento in cui si sostiene che il diritto umano debba essere riconosciuto anche agli autori della sua violazione.

Anche quest'altra idea è il riflesso degli sviluppi argomentativi di Kant sulla dignità, nella misura in cui la stessa non viene meno neanche nel caso in cui la persona si macchi di atti malvagi. Non posso rifiutare neanche al malvagio il rispetto che gli devo in quanto uomo, perché il rispetto che gli è dovuto in quanto uomo non gli può essere tolto neanche se con i suoi atti si rende indegno. Asserire l'assolutezza del rispetto nei confronti degli altri uomini poiché partecipi della

medesima sostanza, significa considerare l'altro come me stesso, estendendo il rispetto e la considerazione che ho per me stesso in quanto soggetto di dignità e in quanto persona anche agli altri.

Il fine dell'essere umano in quanto soggetto morale è la ricerca del bene morale. L'uomo ha dei diritti, possiede una propria soggettività morale e giuridica che ha radici in se stesso. Le caratteristiche dei diritti naturali quali, inalienabilità, inviolabilità, indisponibilità ecc..., alla luce di una concezione prettamente morale, riguardano non tanto i diritti quanto l'idea a cui essi danno forma, ovvero l'io, quella sostanza impalpabile che si tradurrà nell'idea di dignità umana. L'io non è più, o non è solamente, un'idea che consente all'uomo di distaccarsi, persino da se stesso, per comprendere le relazioni con le cose, ma anche capacità di autocomprendersi, nel possesso di qualità morali proprie, nell'identità personale.

Le esperienze interiori, le sensazioni e i sentimenti che animano l'essere umano costituiscono un'angolatura ideale per comprendere gli aspetti dell'interiorità umana, poiché da questi aspetti soggettivi si può dedurre un criterio oggettivo, ovvero il rispetto e il valore attribuito al soggetto in grado di provarli. La vita morale è concepita come un insieme di espressioni dei propri aspetti interiori di un essere (l'uomo) dotato di un valore incommensurabile e unico rispetto agli altri. La fonte morale del diritto non viene più associata a una ricerca e apprensione di qualcosa per la quale è necessario porsi al di fuori di se stessi, ma alberga nella sua dimensione interiore: il fondamento dei diritti risiede nell'etica, non più nella natura umana. In tal modo, dal soggetto naturale si giunge al soggetto morale, che possiede un valore intrinseco indipendente dalle inclinazioni naturali, il quale, all'interno delle istituzioni giuridiche diviene soggetto giuridico, ove è tale in funzione dell'organizzazione statale.

I fini morali cui tende o dovrebbe tendere l'individuo non sono più ascritti alla natura, da cui l'uomo si distacca gradualmente, ma si trovano esplorando le scelte della soggettività. Il legame di tipo biologico tra natura e soggetto, sancito dalla legge di autoconservazione si scioglie e al suo posto emerge l'aspetto intrinsecamente assiologico: i valori si re-interpretano a partire da una dinamica volta a privilegiare l'aspetto morale autoriflessivo, scalzando le concezioni materiali e

proprietarie attribuibili alla teorie dei diritti soggettivi naturali.

L'imprescindibilità della dignità umana in ordine all'identificazione dello statuto epistemologico e ontologico dei diritti umani segna un punto di rottura nella continuità con i diritti naturali, gettando nuova luce sul primato dell'individuo all'interno delle istituzioni sociali e giuridiche.

2.3. Diritti naturali e diritti umani: luoghi di moralità

Sulla base delle critiche sollevate in precedenza, ne deriva che nonostante la dimensione morale della normatività sia propria di entrambe le categorie concettuali, l'affrancazione dei diritti umani dal presunto debito nei confronti dei diritti naturali delinea due figure che mantengono una propria specificità.

Innanzitutto, sul versante della giustificazione, mentre l'autorità morale dei diritti naturali dipende dall'ipotesi di una legge di natura (esponendosi all'obiezione della fallacia naturalistica), o di un riferimento alla nuda natura umana, i diritti umani, sono dei diritti morali la cui autorità trova la propria forza in se stessi, nella loro stessa natura e inerenza al soggetto morale, che consente loro di esplicare effetti in via pre-istituzionale, in quanto portatori di una priorità morale speciale su altre considerazioni (De Mori 2000, 17)¹¹⁹.

Affermare che i diritti umani sono dei diritti morali significa identificarli alla stregua di "ragioni per agire legate al rispetto della dignità umana che sono riconosciute o cercano di esserlo" (Viola 2009, 81).

I diritti umani, come i diritti naturali, sono dei diritti morali, ma a differenza di questi ultimi coprono un'area della moralità più vasta.

I diritti naturali sono funzionali a esprimere esigenze di base, generiche (vita, incolumità fisica, libertà), mentre i diritti umani vanno sempre più nel senso dell'implementazione e della specificazione delle relazioni sociali, esprimendo peculiari preoccupazioni morali. Essi

¹¹⁹ L'assenza della legge naturale costituisce un notevole ostacolo per coloro – come Finnis e Maritain – che pretendono di creare una connessione giustificativa tra la prima e i diritti umani.

sorgono dalla complessa vita morale delle persone.

I diritti naturali, essendo pensati sulla rigidità delle costruzioni astratte logico-formali, si dirigono verso una morale della regola che pretende di costruire una sorta di sistema giuridico completo, coerente e sistematico, che s'impone su quello positivo, assurgendo a criterio di validità di quest'ultimo. Del resto, i diritti naturali sono il portato di un'epoca in cui vi era ancora un netto legame tra legge e morale, e in cui il processo di distinzione tra diritto e morale stava iniziando a muovere i primi passi (Hare 1981, 152).

I diritti umani, invece, pur fornendo dei criteri per valutare il diritto positivo e guidare la condotta umana, non pretendono di costruire un sistema giuridico parallelo, ma rappresentano un insieme di valori, principi e istanze morali a cui dovrebbe ispirarsi il diritto positivo.

Quella dei diritti morali è una morale dell'evento (Viola 2000, 98).

Nel caso dei diritti naturali ci si trova dinnanzi ad un sistema di diritti perfetti, cioè diritti generali in senso hartiano (2011) dotati di valore universale e assoluto, mentre il patrimonio dei diritti umani è più complesso e variegato rispetto a quello dei diritti naturali per potere essere descritto esclusivamente mediante la categoria dei diritti generali. In realtà, vi sono diritti umani che appartengono al settore dei diritti generali e diritti umani che appartengono all'ambito dei diritti speciali poiché legati a particolari condizioni sociali¹²⁰.

Utilizzando il linguaggio del giusnaturalismo moderno, leggendo la Dichiarazione universale dei Diritti Umani, vi sarebbero dei diritti che potrebbero essere posseduti da ciascun essere umano nello stato di natura, e, al contempo, vi sarebbe un'ulteriore tipologia di diritti, parimenti umani, come il diritto a un giusto processo (art. 7, 8, 10, 11), alla nazionalità (art. 15), alla partecipazione politica (art.21), alla sicurezza sociale (art.22), al lavoro (art.23), alle ferie retribuite (art.24), che non avrebbero senso al di fuori delle condizioni economiche, sociali e politiche che contribuiscono a definire le caratteristiche della condizione umana.

In ragione di ciò, in un'ottica analitica dei diritti umani, si è soliti

¹²⁰ Anche se i diritti imperfetti potrebbero essere diritti naturali in senso analogico, cioè se e nella misura in cui partecipino del modello dei diritti naturali (Viola 2009).

isolare alcuni diritti che si ritengono più fondamentali di altri e che per questo motivo fungono da diritti basilari generali, che sono espressamente sanciti nei documenti giuridici, o si ricavano implicitamente dal sistema di valori proclamato: il diritto di perseguire i propri interessi (Melden 1977, 167), il diritto all'eguale considerazione e rispetto (Dworkin 1982), il diritto al giusto processo, il diritto all'eguale protezione dinnanzi alla legge, il diritto all'eguale considerazione, il diritto a non subire trattamenti inumani e crudeli (Feinberg 1973); il diritto all'autonomia, alla libertà e al sostentamento minimo (Griffin 2008) ecc...

Sono diritti che, in virtù della dimensione assiologica espressa, presentano uno status morale assoluto e universale al punto tale da prevalere, in giudizi di ponderazione, su altre circostanze e altre tipologie di diritti, nonché resistere alle eccezioni o deroghe opposte contro il loro rispetto e la loro applicazione.

La moralità dei diritti rappresenta la capacità di essere fonte di doveri.

I diritti umani e i diritti naturali sono diritti morali che generano doveri morali nei confronti della parte chiamata a soddisfare il contenuto del diritto rivendicato dal titolare, soltanto che, mentre i diritti naturali operano al livello prettamente morale, esterno al diritto, il carattere vincolante dei diritti umani opera sia a livello morale, sia a livello giuridico-politico. In quanto fonte di doveri morali, i diritti umani appartengono ad un profondo livello delle credenze normative individuali, idonei ad imporre vincoli sulla condotta umana.

L'importanza morale riconosciuta ai diritti umani fa di loro dei principi morali. I doveri morali corrispondenti al possesso di un diritto sono ragioni morali di tipo categorico, in quanto la loro forza vincolante non dipende dalle motivazioni personali del soggetto obbligato. Si tratta di ragioni escludenti, poiché orientano normativamente la condotta umana, escludendo dal processo mentale d'individuazione e composizione delle ragioni per compiere un'azione quelle ragioni prive di un rango almeno equivalente alle ragioni espresse da un diritto (o da un diritto umano dotato di una forza normativa assoluta). Inoltre, i diritti sono in grado di generare delle risposte morali, quali, ad esempio, il biasimo, il risentimento, la riprovazione, il pentimento

(Tasioulas 2010, 115).

Tuttavia, nel caso dei diritti umani, non si parla di una moralità extra-giuridica, ma, visto il carattere costitutivo dei processi storici e giuridici di affermazione, la moralità è interna agli ordinamenti che li riconoscono e determinano la loro struttura organica in funzione del loro rispetto. In ambito giuridico-politico il riconoscimento dei diritti umani è una ragione che giustifica l'imposizione di doveri nei confronti – principalmente – di autorità coercitive pubbliche e non, su cui gravano principalmente tre forme di condotta: 1) il dovere di evitare la violazione, 2) il dovere di proteggere dalla violazione, 3) il dovere di aiutare chi risulta privato di un diritto umano (Viola, Zaccaria 2003, 91). Peraltro, in tali ordinamenti giuridici, il riconoscimento dei diritti è un'operazione che si compie attraverso parametri che sono assiologici, ma che appartengono al sistema del diritto positivo. Invece, quella del riconoscimento e affermazione dei diritti naturali è un'operazione di moralità estrinseca al diritto, effettuata attraverso parametri e criteri che non appartengono all'ordinamento giuridico positivo contro cui si rivendicano, ma, piuttosto, ne contrastano e contestano la validità.

Dal riferimento ai soggetti chiamati a implementare e attribuire effettività ai diritti discende un'implicazione che segna un altro punto a sfavore dell'identificazione tra diritti naturali e diritti umani, e riguarda l'ambito dell'oggetto delle rivendicazioni e dei destinatari degli obblighi corrispondenti. I principali soggetti delle rivendicazioni sollevate nel nome dei diritti umani sono gli stati o le autorità che detengono l'esercizio legittimo della forza pubblica. Di conseguenza, mentre “con il linguaggio dei diritti naturali si può chiedere la protezione delle persone contro qualsiasi minaccia al loro benessere e alla loro attività; con i diritti umani” che operano nei confronti di istituzioni “si chiede protezione solo contro determinate minacce ufficiali” provenienti da istituzioni e da coloro che le sostengono (Pogge 2010, 75-77).

Sulla base di quest'impostazione, la rivendicazione di un diritto umano si articolerebbe nelle seguenti proposizioni formali: la titolarità di un diritto umano per un soggetto A implica che 1) non è sbagliato per A compiere X; 2) non è sbagliato per A interferire su X; che 3) la pretesa di A di compiere X deve essere rispettata; che 4) il governo cui

è soggetto A deve proteggere la sua pretesa; che 5) A deve possedere i mezzi necessari per compiere X (Pennock, 1981,17).

2.4. Diritti naturali e diritti umani: i titolari. Immagini antropologiche

Se la natura umana presupposta dai diritti naturali rappresenta un mondo chiuso in se stesso, legato all'istinto di autoconservazione, allora l'immagine antropologica adeguata ai titolari sarà espressione dell'aspetto liberale dell'individuo. La dimensione sociale sarebbe un fattore necessario per la sussistenza umana, niente a che vedere con quelle tesi che attribuiscono alla natura umana un carattere prettamente sociale. Viene in rilievo un'immagine atomizzata dell'uomo, in grado di autodeterminarsi e agire in piena autonomia, generando obblighi su altri individui. La soggettività contenuta nel pensiero giusnaturalista moderno racchiude un'idea di libertà che è diretta a consentire al suo titolare l'effettività di esercitare i poteri connessi alla sua natura. Se il modello paradigmatico su cui si basa la struttura dei diritti naturali è la proprietà, ne discende che l'idea fondamentale sottesa ai diritti naturali è rappresentata dal potere. Nelle teorie dei diritti naturali il diritto soggettivo è un potere normativo giustificato da considerazioni legate alla morale naturale.

L'uomo è in grado di esercitare poteri che consentono di appropriarsi delle cose, mediante l'occupazione, mediante il lavoro. La libertà presupposta dall'esercizio del potere è tanto più ampia e consistente quanto maggior è il livello di dominio che si assicura sulle cose (Viola 1997, 282).

Vi è una spiccata logica utilitarista nella ricostruzione dei caratteri del soggetto di diritto. I diritti naturali sono pensati in funzione dell'utilità che può riceverne il suo titolare. La libertà, essendo in funzione dell'autoconservazione, si sostanzia in quei diritti che si prestano maggiormente ad apportare un risultato utile all'autoconservazione individuale: l'autodifesa e la ricerca dei mezzi di

sostentamento utili alla sussistenza¹²¹.

La visione antropologica individualista tende a imprimere il proprio marchio sul significato del contratto sociale presentato dalle teorie dei diritti naturali: un patto tra individui liberi ed eguali, diretto alla salvaguardia di esigenze basilari individuali stipulato per ragioni di convenienza reciproca¹²².

Utilizzare il concetto di potere per i diritti umani nello stesso senso in cui è utilizzato per i diritti naturali sarebbe riduttivo e fuorviante. Infatti, quando ci si accosta al complesso dei diritti umani, ci si accorge che i poteri e l'idea di libertà a questo connessa è soltanto una delle possibilità semantiche di concepire i diritti umani, o addirittura alcune di queste. Le concezioni contemporanee dei diritti umani che hanno proposto visioni strutturali dei diritti oscillano tra l'idea di libertà, nella misura in cui si rivendichino come scelte giuridicamente protette, e nella difesa d'interessi giuridicamente protetti, che contemplano tutta una serie di situazioni rilevanti in cui è necessario prendersi carico della responsabilità dell'essere umano e che non necessariamente possono coincidere con dei poteri, attesa la molteplicità contenutistica delle richieste e delle condizioni dei soggetti che li reclamano, rinviando ad un concetto multiforme di diritto soggettivo.

Ne deriva l'impossibilità di equazioni semplicistiche tra poteri e

¹²¹ Questa concezione individualista dei diritti basata sulla coppia biologismo-antropologismo/scientismo epistemologico, che, privilegiando gli aspetti biologici della natura umana, legittimerebbe l'universalismo dei diritti, sarebbe, tuttavia, incapace di fondare i diritti stessi, che richiedono un orizzonte giustificativo più ampio e non limitato ad una sola matrice (Lombardo Valluri 1996, 81 e ss).

¹²² La concezione di Nozick è associabile a questa interpretazione liberale e individualista del contratto sociale tipica dei diritti naturali, nonostante egli utilizzi categorie deontologiche della morale kantiana che traducono esplicitamente i diritti in vincoli collaterali dell'agire, sul presupposto che vede l'essere umano un fine e non un mezzo per scopi altrui. L'approccio deontologico adottato dall'autore è, peraltro, confermato dalle critiche rivolte all'utilitarismo, le cui tesi porterebbero alla violazione dei diritti. In particolare, l'autore sottolinea i paradossi di un'impostazione utilitarista che, incorporando la minima violazione dei diritti all'interno degli scopi dell'azione, potrebbe indicare delle misure lesive tra i mezzi per realizzarlo. Diversamente, un criterio deontologico che annoveri la non violazione dei diritti tra i principi morali – vincoli collaterali – dell'azione, non condurrebbe all'adozione di mezzi che contrastino col criterio morale adottato per realizzare il fine desiderato (Nozick 2005, 50-51).

diritti, tra autonomia e diritti, essendo l'autonomia soltanto uno dei paradigmi antropologici derivabili dai diritti umani. I diritti umani non soltanto sono difficilmente collocabili all'interno di un unico modello di diritto soggettivo, o di un modello definito di diritto soggettivo, ma, a differenza dei diritti naturali, presentano una spiccata dimensione relazionale che si esplica anche e in modo significativo e conoscibile nel momento del loro riconoscimento, che ne è un aspetto costitutivo.

Per tale ragione i diritti umani potrebbero esprimere altre immagini antropologiche¹²³, oppure non possedere una specificità antropologica e ideologica e assumere una posizione di neutralità nei confronti delle idee etiche proprie di una particolare visione dell'uomo, indipendenti da dottrine etico-politiche e dalla volontà statutale¹²⁴.

Le interpretazioni contemporanee del contratto sociale non presentano, o non presentano esclusivamente, un'antropologia umana basata sull'individualismo, piuttosto il *pactum societatis* è un'occasione per individuare le condizioni che consentono di esprimere le molteplici forme che può assumere l'identità umana, contrassegnato dal riconoscimento reciproco (espresse in particolare modo da un punto di vista rawlsiano).

Per intendere questo mutamento di valore nel passaggio da diritti naturali a diritti umani è invalso nel dibattito contemporaneo l'uso di attribuire al titolare dei diritti umani lo status di persona, che, sulla scorta di Kant, è divenuto un concetto centrale nella fondazione dei diritti umani (Spaemann 2005, 4).

Sostenere che un individuo è una persona significa attribuirgli un connotato morale diverso e più ampio rispetto a quello prospettato dai diritti naturali.

¹²³ Le carte dei diritti non includono solo quelli che garantiscono al proprio titolare uno spazio di azione libero da interferenze esterne, ma vi sono diritti la cui realizzazione richiede l'intervento di altri soggetti. In questo caso si potrebbero aprire scenari comunitaristi basati sull'idea di solidarietà che configurano un'antropologia relazionale. Allo stesso modo vi sono diritti che, oscillando tra libertà e solidarietà, tutelano la persona nelle sue diverse fasi di vita, configurando un'antropologia situazionale (Viola-Zaccaria 2003, 94).

¹²⁴ Del resto, atteso che l'autonomia logica interna dei diritti umani si basa sui criteri della reciprocità (come ricavato sopra dal pensiero di Habermas) e asimmetria, potrebbe derivarsi uno sviluppo dei diritti umani indipendente dalla volontà e dagli interessi di coloro che li hanno affermati, contrassegnando un orizzonte semantico e un arricchimento assiologico in continua espansione (Viola 2000, 115).

Il concetto di persona non è univoco, ma ne sono fornite una serie di concezioni. Alcuni autori ritengono che la persona non sia una qualità tendenzialmente ascrivibile all'uomo, ma che riguarda un momento esclusivo della vita dell'essere umano: si tratta di una concezione che presuppone dei soggetti in grado di intendere il valore delle proprie azioni. Secondo questa tesi, la persona sarebbe una prerogativa dei soggetti che sono coscienti, consapevoli di se stessi e del valore delle loro azioni, capaci di relazionarsi nonché di entrare in relazioni comunicative (Parfit 1989; Singer 1989). Questa posizione, tuttavia, si rivelerebbe discriminatoria poiché esclude la capacità di essere persona a tutti quei soggetti incapaci, dai minorenni agli infermi di mente, costruendo una sorta di ontologia della differenza all'interno della categoria degli esseri umani. Altri invece sostengono che per comprendere chi può essere considerato persona non occorre selezionare e isolare alcune componenti peculiari della struttura umana, piuttosto, tra l'uomo e la persona vi è assoluta coincidenza; semmai, in considerazione del fatto che la vita di un uomo si snoda attraverso diversi stati e gradi di esperienza, l'uomo partecipa della persona in differenti forme. Il criterio che consente l'applicazione universale dell'idea morale di persona sull'uomo è dato dalla capacità relazionale di riconoscimento morale degli interessi altrui, che si esplica nella considerazione delle altre identità, giungendo sino al punto di immedesimarsi idealmente nelle esigenze altrui interpretate mediante il ricorso a criteri assiologici.

Nonostante questa concezione si esponga alle stesse obiezioni discriminatorie della prima, considerato che la capacità di riconoscimento del valore degli altri attraverso un atteggiamento di immedesimazione presuppone un soggetto a propria volta in grado di esercitare tale capacità, tuttavia, si rivela molto più adeguata alla dinamica dei diritti umani che richiama l'immagine della persona sul profilo dei titolari, salvando, diversamente dalla prima, l'universalismo che li costituisce.

V'è da aggiungere che le questioni sul significato da attribuire al concetto di persona presuppongono e rivelano la questione dei rapporti tra essere uomo e persona. Il primo concetto sembra identificare un'opzione descrittiva, un fatto, mentre il secondo concetto

sembrerebbe essere più adeguato ad esprimere una posizione normativa, un valore. La mera preferenza biologica accordata al termine “essere umano” potrebbe essere più adatta a spiegare quelle teorie dei diritti, come i diritti naturali, che si basano su inclinazioni e impulsi naturali come l’istinto di autoconservazione, mentre il termine “persona” evocherebbe una serie di posizioni di valore avulse dalla natura che si adatterebbero meglio a quelle teorie dei diritti che escludono il riferimento alla natura nella loro argomentazione, introducendo significative estensioni morali. Una terza via, non di opposizione ma di conciliazione, potrebbe invece assumere che entrambi gli aspetti vengano a coincidere poiché l’identificazione della persona, del valore, implica una valutazione sui fatti, sull’uomo e, per converso, il concetto di uomo non è puramente descrittivo, ma implica, a sua volta, una componente valutativa che deriva dall’applicazione di processi ermeneutici volti a stabilirne il significato.

La persona, pertanto, a differenza della particella atomica dello stato di natura, non è un mero derivato dalla natura umana, ma si basa sulla natura umana in un senso peculiare, che presuppone non solo la capacità di rendere conto della natura umana, ma anche di prenderne le distanze. L’uomo concepito come persona è in grado di prendere posizione nei confronti della propria natura, sporgendosi oltre la stessa, fino a contrastarne le leggi costitutive (Spaemann, 2005).

La persona non può essere minimalisticamente ricondotta all’istinto di autoconservazione, ma alla libertà di coscienza, ove risiedono e convivono, contemporaneamente, sia una tendenza alla singolarità, sia una tendenza alla interdipendenza. Il carattere duale della persona denota una struttura morale interna nella quale l’uomo interagisce con se stesso imprimendo la propria direzione di marcia alla sua natura (Spaemann 2005, 184).

L’aspetto culturale costitutivo dei diritti umani si manifesta nel concetto di persona che, differentemente da quella meramente naturale di essere umano, identifica una categoria al suo interno dinamica ed eterogenea. Non si tratta di stabilire una visione impersonale, astratta e formale come quella espressa dai diritti naturali, ma si tratta piuttosto di studiare la persona nelle sue manifestazioni concrete, contemplando gli aspetti biologici, gli stati mentali, gli aspetti emotivi

unitamente ai legami particolari con i contesti culturali e sociali (Nino 1991, 36-37). La persona ha un carattere multiforme e storico: è persona il bambino, l'adulto, l'anziano, il lavoratore, il consumatore, il sano, l'ammalato, colui che ha diverse concezioni religiose e diverse pratiche culturali ecc...

La dinamica espansione dei diritti umani ha rivelato una transizione “dalla considerazione dell'uomo astratto a quella dell'uomo nelle sue diverse fasi della vita e nei suoi diversi stadi”, sostituendo l'universalismo astratto e formale della natura umana con le manifestazioni concrete legate ai contesti sociali e alle varie fasi di vita (Bobbio 1990, 62-72).

I diritti umani e il riferimento alla persona orientano la ricerca dell'eguaglianza non più sul piano meramente biologico, su un nucleo minimo di caratteri empirici stabili e costanti in ciascun individuo, piuttosto, considerata la molteplicità espressiva della persona, l'eguaglianza si situa sul piano assiologico, nella ricerca di una comunanza di valori. L'eguaglianza tra le persone è differente dall'eguaglianza tra gli uomini, e basandosi sulla dignità umana genera un effetto paradossale: il termine “uguale a me” non mette in evidenza la somiglianza con l'altro, ma la sua incomparabile unicità.

“Gli uomini, in quanto uomini, sono più o meno simili. In quanto persone, non sono simili ma uguali, ma proprio in virtù del fatto che essi sono ogni volta unici e incommensurabili nella loro dignità (e identità)” (Spaemann 2005, 178). La tendenza alla ricostruzione del patrimonio universale dei diritti umani sulla base di valori comuni e universali è individuabile nelle teorie contemporanee dei diritti che tentano di sviluppare le basi etiche normative del discorso sui diritti, tra cui Nussbaum, Finnis, Griffin, e che per tale ragione non si pongono in linea di continuità con la dottrina dei diritti naturali e la concezione naturalistica dei diritti.

2.5. Diritti naturali e diritti umani: una chiave di lettura per interpretare il rapporto tra diritto e morale

Osservando, infine, il modo in cui i diritti svolgono la funzione di

controbilanciare e arginare il potere politico, emerge una significativa differenza qualitativa tra l'uso e le modalità operative dei diritti naturali e l'uso e le modalità operative dei diritti umani.

Sebbene entrambe le categorie concettuali siano accomunate dal fatto di svolgere la c.d. funzione (storica) del diritto naturale, vale a dire l'imposizione di limiti all'esercizio del potere politico (Strauss 1990), incorporando l'eterna esigenza, che si manifesta principalmente nei casi di conflitti bellici, o instaurazione di regimi totalitari e assolutisti, di proteggere alcuni beni fondamentali dell'individuo contro gli abusi del potere, tuttavia, il processo storico mostra un progressivo distanziamento nel modo di esercitarne gli aspetti più salienti, con evidenti ricadute nel modo d'interpretare il diritto e i suoi rapporti con la morale.

In quest'ottica, v'è da rilevare come, nell'epoca moderna, i diritti naturali furono pensati principalmente come argini verso l'azione del potere politico. Questi costituivano delle garanzie individuali che delineavano delle sfere d'intangibilità nei confronti dello stato. Veniva in tal modo a crearsi una netta contrapposizione tra individuo e stato, in forza della quale i diritti erano sì dei limiti, ma dei limiti esterni allo stato stesso, i cui doveri erano quelli di riconoscerli e di astenersi da indebite interferenze nella sfera individuale.

Una concezione del genere è aderente ai quei contesti giuridico-politici contrassegnati dall'assolutismo statale, in cui è necessario, proprio per tutelare l'individuo dal pericolo di azioni arbitrarie, imbrigliare il potere politico all'interno di vincoli idonei a impedirne un esercizio abusivo.

L'evoluzione storica, tuttavia, ha mostrato un tendenziale abbandono di questa concezione oppositiva tra individuo e stato da un lato, e tra diritti e potere politico dall'altro.

Una prima inversione di tendenza rispetto a questa rotta si ha con l'affermazione dello stato di diritto¹²⁵ – nato intorno al XIX secolo –

¹²⁵ Con la formula "Stato di diritto" s'intende la limitazione del potere tramite un ordinamento giuridico avente come fine primario la tutela dei diritti individuali (Bordoni, 2010, 236). Da mero concetto giuridico, quello dello stato di diritto si è progressivamente trasformato in principio giuridico, espressione del valore del primato del diritto sulla politica. Questo principio è scindibile in due sottoprincipi: il primato della legge (principio di legalità) e la separazione dei poteri, da cui discendono quattro corollari (principali): 1) ogni atto va considerato

che, oltre a continuare a svolgere una funzione negativa verso gli individui – così come descritta nelle fasi di transizione dall'assolutismo alle democrazie – attua una funzione propositiva, consistente nel riconoscere i diritti dell'uomo sino ad incorporarli all'interno della propria norma fondamentale, la costituzione, modificandone lo statuto: da diritti naturali a diritti fondamentali espressivi dei valori fondanti l'ordinamento giuridico. Dunque, dal passaggio avvenuto dallo stato assoluto allo stato di diritto, si verifica un processo storico che integra la dinamica di riconoscimento dei diritti con una loro costituzionalizzazione – realizzando lo stato di diritto costituzionale¹²⁶.

giuridicamente rilevante solo se è giuridicamente previsto come tale; 2) il potere esecutivo deve svolgersi *sub lege* e *per lege*; 3) le controversie su quale sia la legge debbono essere risolte da giudici posti in posizione d'indipendenza dal potere esecutivo; 4) la legge deve essere imparziale tra stato e cittadino (divieto di attribuzione di posizioni di privilegio in via arbitraria o ingiustificata) (D'Agostino, Francesco 2006, 29-44).

Questa appena descritta è la concezione sostanziale dello stato di diritto, che "repose sur la conviction que l'individu est primordial et que l'Etat n'est légitime qu'à la condition d'être ordonné à l'épanouissement de cet individu"(Wachsmann 1991, 16, 79), e che si presta ad integrarne la visione formale, secondo la quale lo stato di diritto sarebbe soltanto un tipo particolare di ordinamento giuridico caratterizzato dalla presenza di organi accentrati per la produzione giuridica e per l'esecuzione delle sanzioni (Kelsen 2000).

Tuttavia, vi sono delle differenze tra lo Stato di diritto dei Paesi di *Common Law* e lo stato di diritto dei paesi di *Civil Law*. Nei sistemi di *Common Law*, basati su un diritto di provenienza sociale, su una tradizione che difende i diritti individuali, sulla vincolatività del precedente e sulla ragionevolezza delle regole, chi governa deve fare in modo che la propria azione, specificata in atti giuridici, sia coerente con un complesso di regole giuridiche preesistenti che ne limitano e vincolano la libertà di movimento. Al contrario, nei sistemi di *Civil Law*, il diritto non nasce come una pratica sociale, bensì come un prodotto del sovrano imposto dall'alto. In considerazione di ciò, non sarà l'autorità della tradizione a orientare la volontà del sovrano, ma l'elaborazione di criteri formali di validità che realizzino il governo della legge, piuttosto che l'arbitrio del sovrano. A tal fine, la legge, per essere valida deve essere: generale, promulgata, irretroattiva, chiara, non contraddittoria, stabile, praticabile, coerente e imparziale (Viola 2011, 1-4; Fuller 1986).

126 La differenza tra stato di diritto e stato di diritto costituzionale è da rinvenirsi nella diversa posizione occupata dalla legge emanata dal Parlamento all'interno del sistema delle fonti: nello stato di diritto essa è posta al vertice del sistema, costituendo la base di legittimità di ogni situazione giuridica; nello stato costituzionale, invece, la costituzione prende il posto che la legge occupava nello stato di diritto, costituendo la fonte di legittimità dell'intero ordinamento giuridico, che predispone adeguati meccanismi di controllo della conformità delle fonti di grado inferiore alla costituzione – tra le quali rientra la legge del parlamento – volti a garantire la validità dell'ordinamento stesso (Faralli 1997, 188-189).

Un'ulteriore sviluppo nella concezione del ruolo dei diritti umani avviene con l'affermarsi dello stato assistenziale – e del conseguente riconoscimento del valore dei diritti sociali come parte integrante dei diritti fondamentali, fino ad allora concepiti essenzialmente all'interno della categoria dei diritti civili e politici, e concretizzantisi in richieste di non intervento da parte del potere statale – la cui funzione precipua, oltre a quella del riconoscimento a carattere costituzionale, è quella di promuovere e realizzare le condizioni che permettono l'esercizio e il godimento effettivo dei diritti, richiedendo un intervento statale diretto a questo fine (Viola 1989, 157-169). "Se il senso dello Stato liberale è nella difesa della società *contro* lo Stato (e perciò il suo fine è la libertà dell'individuo), quello dello Stato sociale è, al contrario, nella difesa della società *tramite* lo Stato (e perciò il suo fine è il benessere collettivo) (Viola- Zaccaria 2003, 186).

Da questa schematica ricostruzione storica delle fasi di organizzazione del potere statale si evince il mutamento del ruolo svolto dai diritti. Nella prospettiva dei diritti naturali, a fronte delle ingiustificate ingerenze del potere politico, si contrapponeva una sorta di morale esterna all'azione dello stato. Nella separazione tra stato e individuo, tra legge e diritti, si registrava una separazione tra legge e morale.

I diritti umani contemporanei, invece, sulla scorta dell'evoluzione storica legata alla nascita dello stato di diritto prima, e concretizzata nelle sue diverse forme di manifestazione – stato di diritto costituzionale, stato assistenziale –, non sono più considerati un limite esterno dell'azione dello stato, ma ne costituiscono una misura intrinseca. Divengono limiti interni che orientano, giustificano, valutano e criticano l'azione statale, in modo particolare nello stato Costituzionale.

"I diritti, che concernono dei beni per gli individui, sono effettivi in quanto vengono accettati e usati come criteri di produzione giuridica (come criteri di decisione sulla validità delle norme ordinamentali: di identificazione delle norme valide), come guida del comportamento e criterio di valutazione tanto per i consociati, in generale, quanto per gli organi della produzione e dell'applicazione del diritto" (Pastore 2003, 126), coniugando in se stessi il ruolo di fondamento assiologico e di

regola di produzione dell'ordinamento giuridico (Triolo 1996, 28-29), ed esprimendo, al contempo, una moralità e una giuridicità fondamentali (Peces-Barba, Martínez 1993, 24).

I diritti umani, incorporati nei documenti giuridici fondamentali degli stati costituzionali, configurano degli ordinamenti giuridici complessi, in cui l'analisi del diritto si confronta contemporaneamente sia con esigenze di contenuto sia con istanze formali.

I diritti umani sono il prodotto della connessione tra un diritto morale e il processo di positivizzazione (Viola 1990, 101).

Il diritto congloba in sé entrambe le proprietà che i positivisti ritengono ascrivibili a diversi sistemi di norme, statici e dinamici (Kelsen 2000). Si tratta di un sistema dinamico in quanto è rilevabile la dimensione del potere che si articola nella relazione tra il contenuto di una norma e l'asserzione relativa ad una seconda norma (Gianformaggio 2008, 211). La norma giuridica viene considerata, da un punto di vista esterno, come mero fatto, e la conformazione della condotta ad essa avviene sulla base di considerazioni di tipo prudenziale. Ma l'ordinamento giuridico assiologicamente costituito contiene in sé anche i caratteri della dinamicità dei sistemi tipicamente morali, poiché implica un nesso logico tra contenuti normativi che giustifica il dovere di obbedire alla legge sulla base di un atteggiamento morale, privilegiando il punto di vista interno del membro della comunità giuridica che conforma la sua condotta alla norma giuridica in funzione del contenuto da questa espresso.

L'intreccio fra la dimensione positiva e la dimensione morale del diritto denota, da un lato, l'indispensabilità di entrambi i profili in ordine alla definizione costitutiva dell'ordinamento giuridico, dall'altro l'insufficienza costitutiva della prospettiva isolatamente considerata (Viola, 1990 101).

Il carattere misto – morale e prudenziale – degli ordinamenti giuridici che hanno posto alle fondamenta della loro istituzione il riconoscimento dei diritti umani è osservabile nell'architettura dei congegni limitativi del potere politico. La legge, tipica espressione dell'esercizio del potere politico, per poter essere validamente prodotta deve superare un duplice test di validità: di natura formale, nel senso che deve rispettare i requisiti procedurali di produzione previsti dalla

norma gerarchicamente superiore, e di natura materiale, nel senso di aderenza ai valori giuridici, positivizzati nella forma di diritti e posizionati al vertice della gerarchia di legittimità dell'ordinamento.

Il diritto, secondo questa fisionomia etica, incorpora in se stesso i criteri morali per giudicare e valutare regole, istituzioni, procedure, azioni e pratiche giuridiche. I diritti umani sono veicoli di valori all'interno dell'ordinamento giuridico e prefigurano una moralità interna al diritto che consiste "nel controllo rigoroso della coerenza del contenuto di ciascun atto formativo prodotto da un pubblico potere con i principi fondamentali statuiti (...) nelle costituzioni" (Gianformaggio 2008, 210). Non solo, ma divengono essi stessi dei fini cui dirigere l'azione. Ciò vuol dire che nell'analisi di un sistema giuridico di tipo costituzionale si procede di volta in volta sulla base di giudizi di coerenza logica tra contenuti normativi diretti a stabilire se una norma sia giustificabile da un punto di vista morale. Tale atteggiamento è frutto della commistione di aspetti valutativi e descrittivi dell'oggetto valutato e del parametro di valutazione che consentono di criticare la giustizia della norma di grado inferiore in base alla sua conformità o meno con quella di grado superiore, e comprendere, inoltre, se l'atteggiamento adottato nei suoi confronti è dettato da criteri prudenziali oppure è sostenuto da ragioni morali dedotte dai valori dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, vale l'opposto di quanto sostenuto per i diritti naturali, giacché, con i diritti umani si realizza una simbiosi tra stato e individuo, legge e diritti, fatto e norma, diritto e morale¹²⁷.

¹²⁷ Certamente non è escluso che ci siano differenze significative tra la preferenza per il punto di vista esterno (fatto) e il punto di vista interno (norma) sotto il profilo della priorità logica nel discorso giuridico o nella prassi. Tuttavia, la diversità di opinioni può essere un elemento sintomatico del carattere costitutivamente ibrido di un sistema giuridico basato sui diritti.

Conclusione

Il consenso internazionale intorno ai diritti umani, sfociato in una serie di atti di riconoscimento giuridico dal valore vincolante variabile, ha prodotto una rinnovata tendenza verso un approccio giusnaturalista al diritto, avallato, in particolar modo, dall'accostamento dei diritti umani ai diritti naturali, come diretti discendenti.

Poiché il linguaggio dei diritti umani propone rilevanti affinità con quello dei diritti naturali che condussero alle grandi dichiarazioni, francese (1798) e americana (1776), ne fu immediatamente sostenuta una sorta d'identificazione, suffragata, peraltro, da una serie di caratteristiche costanti che il pensiero teorico ha associato ai diritti: universalità, inviolabilità, indisponibilità ecc...

L'esigenza problematica individuata dalla presente ricerca, prendendo le mosse da una presunta omologia tra diritti naturali e diritti umani, è stata quella di indagare sugli aspetti del rapporto tra le summenzionate categorie concettuali, al fine di comprendere e distinguere i profili di continuità dai profili di discontinuità.

Per un'operazione del genere si è reso opportuno analizzare singolarmente il patrimonio concettuale ascrivibile a ciascuna categoria, in modo tale da poter procedere, successivamente, al confronto sui punti di maggior enfasi del discorso.

In primo luogo, è stato introdotto il dibattito contemporaneo sui diritti umani che pervade le indagini della *jurisprudence* anglosassone, che vede fronteggiarsi le concezioni politiche, da un lato, e le concezioni ortodosse dall'altro. Queste ultime, in particolare, tendono a proporre tutta una serie di argomenti giustificativi dei diritti umani che pretendono di situarsi sulla scia epistemologica dei diritti naturali settecenteschi. Si è proceduto alla loro analisi isolando i punti fondamentali (struttura dei diritti, fondamento ecc.), che, una volta ricuciti insieme hanno fornito un quadro interessante non solo sui diritti umani, ma anche sul modo in cui s'intende il diritto naturale.

In secondo luogo, è stato analizzato il termine di paragone dei diritti umani, i diritti naturali, ripartendo l'analisi in tre settori concettuali: idea, concetto e teoria dei diritti naturali.

Tale tripartizione ha mostrato che la categoria dei diritti naturali ha subito un progressivo sviluppo nel corso dei secoli (Facchi, 2007, 25). Nelle teorie dei diritti naturali vengono a ricomporsi, in chiave moderna, i presupposti teorici di eguaglianza, libertà, moralità dei soggetti, la tesi dell'accordo sociale originario, prodotti dal pensiero sofista e stoico, e il concetto di diritto soggettivo affermato dai canonisti del XII secolo, passando per Ockham e Gerson e giungendo a Grozio e gli altri giusrazionalisti.

In forma (apparentemente) secolarizzata, e sulla base del metodo razionalista (di tipo matematico), i filosofi moderni costruiscono teorie sistematiche idonee a organizzare il fenomeno politico, sociale e giuridico, servendosi dell'espedito teorico dei diritti naturali, eterni, immutabili e universali, che ciascun uomo possiede semplicemente in virtù della sua natura.

I diritti naturali rappresentano delle mura da erigere nei confronti del potere politico, volti a scardinare il sistema precedente basato sul privilegio, la diseguaglianza e l'ingiustizia, instaurando un ordine nuovo.

I diritti naturali si configurano come poteri naturali, sorti nello stato di natura, condizione in cui si trova l'uomo contrassegnata dall'assenza di organizzazione sociale e istituzionale, fondati sull'istinto di autoconservazione. Questa idealizzazione dei diritti naturali, legati ad aspetti meramente biologici della natura umana rende necessario l'espedito epistemologico del contratto sociale per poter trasformare l'uomo naturale in cittadino, transitandolo dalla stato di natura alla società civile.

Il contratto sociale è simbolo delle prerogative che circondando l'uomo, vale a dire la libertà e l'eguaglianza, nonché base per il nuovo criterio di legittimità dei governi costituiti: il consenso dei governati.

I diritti naturali, tuttavia, sono dotati di un valore intrinseco che non viene meno nel caso in cui non siano riconosciuti degli ordinamenti civili, ma resta integro nelle condizioni ideali in cui sono pensati.

Una volta maturata l'indagine sui diritti naturali si è proceduto al confronto tra le posizioni concettuali. È stato messo in evidenza come, a fronte dei limitati punti di connessione e segni di continuità tra diritti naturali e diritti umani, quali l'attenzione alla soggettività morale e dei

poteri che ne derivano, o il valore dell'eguaglianza, i numerosi punti di conflitto ne impediscono una compiuta identificazione.

Ciò è dovuto, in primo luogo, alle differenti condizioni d'origine e sviluppo, in considerazione del fatto che “ i diritti naturali sono sorti nei pensatoi dei filosofi al fine di trattare le condizioni di esistenza e di legittimità della società politica e si sono imposti nella storia molto lentamente per affermarsi, infine, con la rivoluzione francese e la guerra d'indipendenza americana. I diritti umani, invece, sono sorti nei trattati internazionali e nelle costituzioni nazionali come reazione alla seconda guerra mondiale e si sono sviluppati attraverso una pratica etico-giuridica sempre più diffusiva” (Viola 2009, 76).

Mentre il ruolo della storia è irrilevante per la validità dei diritti naturali, rappresenta, invece, un elemento costitutivo del senso dei diritti umani, e si manifesta in due passaggi: 1) mediante la natura e la circostanza della violazione di alcuni beni individuali fondamentali che costituisce il presupposto del riconoscimento, 2) e il successivo atto di riconoscimento.

I diritti umani “sono diritti storici, che emergono gradualmente dalle lotte che l'uomo combatte per la propria emancipazione e dalla trasformazione delle condizioni di vita che queste lotte producono (...) I diritti cosiddetti umani non sono il prodotto della natura, ma della civilizzazione umana” (Bobbio 1990, 26).

Mentre i diritti naturali separano nettamente il profilo naturale con quello artificiale/culturale dell'esperienza umana, e la riprova è data dalla idealizzazione della contrapposizione tra stato di natura e società civile, invece, nei diritti umani vi è una concomitante considerazione di entrambi gli aspetti, sul presupposto che “l'uomo è per natura un essere culturale” (Viola 2009, 78). Tra natura e cultura vi è un rapporto di mutua dipendenza (Geertz 1987), peraltro sintetizzato nelle celebri parole di Pascal (1877, I, 96): “Il costume è una seconda natura che distrugge la prima. Ma cos'è natura, perché il costume non è naturale? Ho gran paura che questa natura non sia ella stessa altro che un primo costume, come il costume non sia altro che una seconda natura”.

L'esaltazione dei valori non dovrebbe spingersi a tal punto da recidere ogni legame con la natura umana, rischiando di onorare i valori al prezzo di calpestare gli esseri (Viola 2000, 201).

Proprio nel solco di un'ambivalenza tra natura e cultura i diritti umani sono stati paragonati a delle incredibili invenzioni della nostra civiltà, come la scoperta e applicazione dei nuovi prodotti tecnologici ai diversi ambiti del sapere (medicina, comunicazione, trasporti). I diritti umani sono invenzioni nel senso di rappresentare dei fatti artificiali, concepiti come prodotti dell'ingegno umano, presentando, tuttavia, dei legami di dipendenza con certi fatti naturali (Nino 1991, 1).

Con riguardo ai diritti umani si pone con forza l'esigenza metodologica di approcciarsi al diritto sulla base di un atteggiamento che implichi, al contempo, sia un aspetto descrittivo/fattuale, sia un aspetto prescrittivo/valutativo. Nell'ottica dei diritti umani alla matrice biologica dei diritti naturali subentra una netta componente assiologica sulla scorta dell'influsso della morale kantiana. L'uomo è persona, dotato di una moralità intrinseca, fonte di valori e depositario della dignità¹²⁸. I diritti umani non sono il dono di una natura pervasa dall'istinto di sopravvivenza, che si manifesta anche in forme di crudeltà, prevaricazione e persino disprezzo per l'individuo, quanto, piuttosto, una conquista permanente volta al rispetto dell'individuo sulla base di norme etiche che esprimono un rifiuto della natura: "il concetto di diritti umani non s'ispira alla legge naturale della vita; al contrario, è ribellione contro quella legge" (Hamburger 2009, 17-21). I diritti umani rappresentano una grande conquista "dell'*homo societatis* sull'*homo biologicus*" (Cassese 2005, 230), che imprimendo il segno del proprio io etico-sociale sull'io biologico, non trova i suoi diritti nell'ordine naturale, ma li conquista in esso (Hamburger 2009, 19).

La "svolta (irriducibilmente) linguistica" che segna l'affermarsi dei diritti umani rispetto ai diritti naturali rappresenta il portato di cambiamenti sociali e culturali, espressivi di nuove tendenze morali e percezioni emotive, unitamente al diffondersi di nuove forme di comunicazione del pensiero (come il romanzo epistolare in letteratura), che enfatizzano i nuovi aspetti costitutivi, di separatezza e autonomia,

¹²⁸ Rivendicare un ruolo centrale ai valori in ordine alla edificazione di un sistema argomentativo diretto a giustificare i diritti umani implica il riconoscimento di almeno tre proposizioni fondamentali: 1) che le persone naturali dovrebbero essere rispettate in quanto persone morali; 2) che gli esseri umani sono oggetto e fonte di valori; che certe direzioni dello sviluppo umano sono desiderabili, e che certe qualità sono eccellenze umane (Benn 1978, 64).

della natura umana (Lynn 2010).

La svolta morale, da esterna a interna, che si attua dal passaggio dai diritti naturali ai diritti umani incide anche sul modo d'intendere persino i profili di continuità tra gli stessi, illuminandoli con una nuova luce che acuisce le distanze.

Questi aspetti, peraltro, sono confermati nelle concezioni ortodosse dei diritti umani le quali, benchè pretendano di porsi in regime di continuità con i diritti naturali, peccano d'infedeltà nei loro confronti, considerando che, legando i diritti umani a dei valori basilari dell'uomo, da un lato si distanziano dai diritti naturali e dall'istinto di autoconservazione, dall'altro non rendono conto degli aspetti mostrati dalla pratica dei diritti umani, delineando piuttosto nuove frontiere dei diritti e del diritto naturale, sganciandolo dal fondamento dell'autoconservazione, per costruirlo intorno al presupposto dell'esistenza di valori fondamentali¹²⁹.

Le difficoltà riscontrate nella riconduzione dei diritti umani ai diritti naturali sono segno del fatto che, mentre "i diritti naturali sono stati una teoria (o più teorie) in cerca di una pratica effettiva, i diritti umani sono una pratica diffusa in cerca ancora di una soddisfacente teoria" (Viola 2009, 77).

I diritti umani definiscono una pratica sociale di natura cooperativa (MacIntyre 1981, 225), dotata di una propria moralità interna che si manifesta nella loro tutela, costituendo la realizzazione di un proposito già insito nei suoi caratteri strutturali. La qualificazione dei diritti umani come fini in sé testimonia l'identificazione di una ben definita

¹²⁹ Le nuove versioni del giusnaturalismo costituirebbero una peculiare alternativa rispetto alle teorie moderne dei diritti naturali, inaugurando scenari e percorsi innovativi. Si registrano teorie giusnaturaliste che adottano un approccio al diritto basato sulla tradizione aristotelico/tomista; per altro versante, rilevano ricostruzioni teoriche "post-realiste" che, a fronte dell'abbandono della legge naturale, tuttavia, si rifanno alla natura intrinseca della cose, seppur nelle loro manifestazioni empiriche e storicamente contingenti, per individuare le relazioni giuridiche e di giustizia che più vi si adeguano. La variegata ribalta delle tesi giusnaturaliste della seconda metà del novecento ha legittimato autori come Barberis (2004, 37-44) a concepire la "rinascita del giusnaturalismo" come un processo articolato in sotto-processi, "resurrezioni", ognuno con la propria specificità sostanziale (la scuola scientifica di Gény, le teorie della natura della cosa, il neogiusnaturalismo postbellico di Radbruch, la rivendicazione della moralità del diritto di Fuller, il neotomismo di Finnis, il neocostituzionalismo, le teorie della giustizia) caratterizzate dal fatto di rivendicare uno spazio per il diritto naturale all'interno del diritto positivo.

pratica sociale che ha preso le mosse dall'impulso generato dalle dichiarazioni americana e francese del settecento (Viola, 1990, 146).

Se tale assunto è presente in modo non sempre agilmente definibile nello scenario internazionale, considerata la debolezza normativa dei documenti giuridici che vincolano gli aderenti, tuttavia, è assolutamente evidente nei processi di costituzionalizzazione del diritto, ove si rinvencono proiezioni giuridiche particolari di oggetti giuridici universali.

I processi di positivizzazione dei diritti umani sono frutto di un movimento dialettico storicamente segnato da una serie di tappe principali “che comincia con l'universalità astratta dei diritti naturali, trapassa nelle particolarità concreta dei diritti positivi nazionali, termina con l'universalità non più astratta, ma essa stessa concreta dei diritti positivi universali” (Bobbio 1997, 24), che si ripercuote nuovamente sugli ordinamenti particolari, in forma costituzionale.

Come visto, un sistema fondato sul riconoscimento e rispetto dei diritti incorporati nella legge fondamentale implica che l'intera impalcatura del diritto si regga su criteri che sono sia di natura formale sia di natura sostanziale. Il diritto non si deve fare carico di istanze morali esterne, come nel caso dei diritti naturali, ma nel diritto risiedono dei valori giuridici, individuati nella tutela dei diritti umani che, sulla base di una concezione del diritto come pratica sociale, divengono fini da realizzare all'interno del diritto (Triolo 1996, 145). In ciò, il processo di positivizzazione costituisce il punto di convergenza tra diritto e giustizia, esprimendo la dinamicità di un'operazione di riconoscimento giuridico situata tra due estremi assiologici (i diritti) – intesi come origine da cui inizia il percorso e obiettivo verso cui tendere – che, allo stesso tempo, costituiscono la natura (normativa) del diritto.

Con i diritti umani le istanze di giustizia si traducono in pratica giuridica (Triolo 1996, 147).

In definitiva, sebbene vi siano dei nessi logico-assiologici tra le categorie concettuali considerate, tuttavia, i diritti umani sono il prodotto di un graduale processo di affrancazione dai diritti naturali, segnato dal progressivo abbandono del preminente riferimento alla “nuda” natura e alle sue leggi, ed espressivo di una moralità intrinseca, che ha a che fare anche con la dimensione sociale e artificiale degli

esseri umani basata “sul soggetto come radice ultima della moralità”
(De Mori 2000, 18).

Bibliografia

La sigla D-K indica Diels, Hermann e Kranz, Walter. 1934/1938. *Dier Fragmente der Vorsokratiker, Griechisch und Deutsch*. Berlin: Weidmann. Il numero tra parentesi indica il capitolo, la lettera maiuscola che segue indica se si tratta di testimonianza indiretta (A), oppure di frammento (B), oppure di imitazione (C); il numero che segue alla lettera indica il numero che è stato assegnato alla raccolta.

- AA.VV. 1977. *Law, morality and society. Essay in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press
- Adorno, Theodor, Horkheimer, Max. 1966. *Dialettica dell'illuminismo*. Torino
- Amato, Mangiameli, Agata C. 1994. "Desiderai essere un cittadino". *Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*. Torino: Giappichelli.
- Antony, Louise.M. 2000. "Nature and Norms," in *Ethics*, vol. III, n.1., 2
- Argiroffi, Alessando. 2012. *La filosofia di Lucio Anneo Seneca tra etica, diritto e politica*. Torino: Giappichelli
- Aristotele. *Opere* vol.II (1998) vol. IV (2007) vol. IX (2004). Roma-Bari: Laterza
- Arnim, Hans Von. 1898. *Leben und Werke des Dio von Prusa, mit einer Einleitung: Sophistik, Rhetorik, Philosophie in ihrem Kampf um die Jugendbildung*. Berlin: Weidmann
- Ascarelli, Tullio. "Antigone e Porzia," in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*
- Baccelli, Luca. 1997. "Lavoro," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 145-166. Bari: Laterza

- Barbera, Augusto. 1997. "Le basi filosofiche del costituzionalismo," in Id. (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 3-42. Bari: Laterza
- Barberis, Mauro. 2004. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bologna: il Mulino
- Barret-Kriegel, Blandine. 1989. *Les droits de l'homme et le droit naturel*. Paris: PUF
- Bastit, Michel. 1990. *Naissance de la loi modern*. Paris: PUF
- Bay, Christian. "Needs, wants and political legitimacy," *Canadian Journal of Political Science* 1968, 1, 8, 242-260
- Beitz, Charles. "What Human Rights Mean," in *Daedalus*, 2003, 132, 1
- Beitz, Charles. 2009. *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press
- Bentham, Jeremy. 1843. *The work of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tate
- Berlin, Isaiah. 1969. "Two concept of liberty," in *Four Essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press.
- Berljak, Matija. 1978. *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio*. Roma: Università Gregoriana.
- Berman, Harold. 1998. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Bologna: Il Mulino

- Bill, Auguste. 1928. *La morale et la loi dans la philosophie antique*. Paris: Alcan
- Bloch, Ernst. 2005. *Diritto naturale e dignità umana*. Torino: Giappichelli
- Bobbio, Norberto. 1963. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. 1972. *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità
- Bobbio, Norberto. 1990. *L'età dei diritti*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. 1994. "Norma," in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. 2009. *Teoria generale della politica*. Torino. Einaudi
- Bodin. Jean. 1964. *I sei libri della Repubblica (1576)*. Torino: UTET
- Bongiovanni, Giorgio. 1997. "Diritti inviolabili e libertà," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 67-92. Bari: Laterza
- Bongiovanni, Giorgio, Gozzi, Gustavo. 1997. "Democrazia," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 215-250. Bari: Laterza
- Bonvecchio, Claudio. 1994. "Secolarizzazione, logos, nomos: alcune riflessioni", in Castellano, Danilo, Giovanni, Cordini (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, 237-242. Milano: Giuffrè

- Bordoni, Sadun Gianluca. 2010. "Stato di diritto," in Francesco D'Agostino e Agata C. Amato Mangiameli (a cura di) *Cento e una voce di teoria del diritto*. Torino: Giappichelli

- Boyd, Richard. 1988. "How to Be a Moral Realist," in Sayre-McCord. *Essays on Moral Realism*. Ithaca-London: Cornell University Press, 181-288

- Brett, Annabel S. 1997. *Liberty, right and nature: individual rights in later scholastic thought*. Cambridge: Cambridge University Press

- Brink, David O. 2003. *Il realismo morale e i fondamenti dell'etica*. Milano: Vita e Pensiero

- Brunet, Pierre (2005) "Bobbio et le positivisme juridiques," in *Analisi e diritto*, 160

- Buchanan, Allen. "Diritti Umani: I Limiti del ragionamento Filosofico," in *Ragion Pratica*, 2009, 32, 29-66.

- Calamandrei, Pietro. 2004 "Le leggi di Antigone (1946)," in *Costituzione e leggi di Antigone*, Pietro Calamandrei, 17-19. Firenze: Sansoni

- Carnelutti, Francesco. 1951 "Bilancio del positivismo giuridico," in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 281-300

- Cassese, Antonio. 2005. *I diritti umani oggi*, Roma-bari: Laterza.

- Cavalla, Francesco. 1996. *La verità dimenticata. l'attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*. Padova: Cedam

- Celano, Bruno. “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz,” in *Analisi e Diritto*, 2001, 1-58.

- Celano, Bruno. 2013. *I diritti nello Stato Costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

- Chiodi, Giulio, Maria. 1994. “Per tematizzare in generale il concetto di secolarizzazione in rapporto al Diritto. Un intervento,” in Castellano, Danilo, Giovanni, Cordini (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, 39-51. Milano: Giuffrè

- Cicerone. 1962. *Antologia filosofica*. Roma: Vittorio Bonacci Editore

- Cicerone. 1999. *In difesa di Milone*. Venezia: Marsilio

- Cicerone. 2009. *Opere Politiche* vol.1. Torino UTET

- Clark, David W. 1973 “William of Ockham on Right Reason,” in *Speculum*

- Coleman. 1988. “Property and Poverty,” in *The Cambridge history of medieval political thought. c. 350- c. 1450*. Cambridge: Cambridge university press.

- Connolly, James. 1928. *Jean Gerson: Reformer and mystic*. Louvain

- Conze, Werner, Wolfgang Straetz, and Reinhart Zabe. 1984. “Sakularisation, Sakularisierung”, in Brunner O., Conze W., Kesselbeck R. *Geschichtliche grunbegriffe-historisches lexikon zur politisch-sozialen sprache in Deutschland*. Stuttgart

- Corradini, Antonella. "Oggettività etica e naturalismo. Il realism morale di Cornell," in Bongiovanni, Giorgio. 2007. *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*. Milano: Mondadori, 300-320.
- Corsano, Antonio. 1948. *Ugo Grozio: l'umanista, il teologo, il giurista*. Bari: Laterza
- Così Giovanni. 1981. "Secolarizzazioni e risacralizzazioni," in Lombardi Vallauri, Luigi (a cura di) *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, 247-282. Baden-Baden.: Nomos Verlagsgesellschaft Giuffè.
- Cotta, Sergio. 1982. "Il fondamento dei diritti umani," in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, AA.VV. Ave
- Cottier, Georges. 1983. *Réflexion philosophiques sur les droits de l'homme*. Roma: Nova et Vetera
- Courtenay, William J. "Nominalism and the late medieval thought," in *Pursuit of holiness*
- Couvreur, Gilles. 1961. "Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas d'extreme nécessité depuis la Concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1321)," in *Analecta Gregoriana*
- D'Addio, Mario. 1954. *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il "De Principatu" di Mario Salamonio*. Milano: Giuffrè
- D'Agostino, Francesco. 1997. *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- D'Agostino, Francesco. 2006. *Lezioni di teoria del diritto*. Torino: Giappichelli:

- D'Agostino, Francesco. 2011. "la filosofia del diritto nell'epoca della secolarizzazione" in *Palazzani Laura (a cura di) Filosofia del diritto e secolarizzazione: percorsi, profili, itinerari, 39-44*. Roma: Quaderni della Libera università Maria SS. Assunta, LUMSA, Roma. Sezione centro studi biogiuridici.

- Damiana, Marino. 1978. *Guglielmo d'Ockham. Povertà e potere. Vol.1, Il problema della povertà evangelica e francescana nel secolo XIII e XIV. Origine del pensiero politico di Guglielmo d'Ockham*. Firenze: Studi francescani

- Dawson, James D. 1983. "Richard Fitzralph and the fourteenth-century poverty controversies," in *Journal of Ecclesiastical History*.

- De Gennaro, Antonio. 1979. *Introduzione alla storia del pensiero giuridico. Giusnaturalismo, Filosofia del diritto, Storia del Pensiero Giuridico*. Torino: Giappichelli.

- De Mori, Barbara. 1998. *Inventare il giusto e l'ingiusto: saggio sull'etica di John Leslie Mackie*. Ancona: Il Lavoro Editoriale.

- De Mori, Barbara. 2000. *Cosa sono i diritti morali?. Un punto di vista analitico*. Trento: Verifiche

- Diels, Hermann e Kranz, Walter. 1934/1938. *Dier Fragmente der Vorsokratiker, Griechisch und Deutsch*. Berlin: Weidmann.

- Diogene Laerzio. *Vite dei filosofi*

- Donnelly, Jack. 2003. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca, NY: Cornell University Press

- Dufour, Alfred. 1991. *Droits de l'homme, droits naturel et histoire*. Paris: PUF.
- Dumont, Louis. 1986. *Essays in Individualism*. Chicago: University of Chicago Press
- Dworkin, Ronald. 1982. *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino
- Epitteto. 2009. *Tutte le Opere*. Milano: Bompiani
- Etinson Adam, Liao Matthew. 2012 "Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights: A False Polemic?," in *Journal of Moral Philosophy*
- Facchi, Alessandra. 1997. "Popolo," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 93-116. Bari: Laterza
- Facchi, Alessandra. 2007. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: il Mulino
- Faralli, Carla. 1997. "Stato," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 167-192. Bari: Laterza
- Fassò, Guido. 1971. *Vico e Grozio*. Napoli
- Fassò, Guido. 1979. "La scienza e la filosofia del diritto," in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, VI. Torino:UTET
- Fassò, Guido. 2001a. *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*. Bari: Laterza

- Fassò, Guido. 2001b. *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*. Bari: Laterza
- Feinberg, Joel. 1970. "The Nature and Value of Rights", in *Journal of Value Inquiry*, 4
- Feinberg, Joel. 1973. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall
- Feinberg, Joel. 1980. *Rights, Justice and the bound of liberty*. Princeton: Princeton University Press
- Feinberg, Joel. 1992. *Freedom an fulfillment*. Princeton: Princeton University Press
- Ferrara, Alessandro. 1992. *Comunitarismo e liberalismo*. Roma: Editori Riuniti
- Ferrajoli, Luigi. 1996. "La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi," in AA.VV. *Crisi e metamorfosi della sovranità*. Milano: Giuffrè
- Ferrajoli, Luigi. 2007. *Principia Juris*. Roma-Bari: Laterza
- Finnis, Jhon. 1983. *Foundamental of Ethics*. Washington: Georgetown University Press.
- Finnis, Jhon.1996. *Legge naturale e diritti naturali (1980)*. Torino: Giappichelli
- Fioravanti, Maurizio. 1991. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Torino: Giappichelli

- Fioravanti, Maurizio. 2002. *lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*. Roma Bari: Laterza
- Flores, Marcello. 2008. *Storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino
- Foot, Philippa Ruth. 2007. *La natura del bene*. Bologna: Il Mulino
- Frankena, William. 1939. "The Naturalistic Fallacy," in *Mind*, XLVIII.
- Freeman, Michael. "The Philosophical Foundations of Human Rights", in *Human Rights Quarterly*, 1994, 16, 491-514
- Frey, Raymond G. 1980. *Interest and rights. The case against animals*. Oxford: Clarendon Press
- Fuller, Lon L. 1986. *La moralità del diritto*. Milano: Giuffrè
- Galtung, Johan, Wirak Andres. "Human needs and human rights. A theoretical approach," *Bullettin of Peace Proposal* 1977, 8, 251-258
- Geertz, Clifford. 1987. *Interpretazione delle culture*. Bologna: Il mulino
- Gentile; Francesco. 1994. "Esperienza giuridica e secolarizzazione" in Castellano, Danilo, Giovanni, Cordini (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, 17-32. Milano: Giuffrè
- Gerson, Jean. 1965. *Oeuvres complètes*. Paris.
- Geymonat, Ludovico. 1970. *Storia del pensiero filosofico e scientifico*. Milano: Garzanti

- Gewirth, Alan. 1978. *Reason and Morality*. Chicago: University of Chicago Press
- Gewirth, Alan. 1982. *Human Rights. Essays on justification and applications*. Chicago: University of Chicago
- Giliberti, Giuseppe. 2012. *Introduzione storica ai diritti umani*. Torino: Giappichelli.
- Gianformaggio, Letizia. 2008. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli
- Gillet, Pierre. 1927. *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*. Mechelen
- Giuliani Alessandro. 1994. "Sul concetto di "imputazione," in Castellano, Danilo, Giovanni, Cordini (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, 149-154. Milano: Giuffrè
- Glenn, Gary. 1948. "Inalienable rights and Locke's argument for limited government: political Implication of a Right to Suicide," in *Journal of Politics*
- Golding, Martin P. 1978. "The Concept of Rights: A Historical Sketch," in *Bioethics and Human Rights*. Boston: Little Brown.
- Graziano. 1993. *The Treatise of Law with the Ordinary Gloss*. Washington D.C.: The Catholic University of America press
- Greblo, Edoardo. "Capacità e diritti umani," in *Etica & Politica*, 2013,1, 563-582

- Green, Reginal Herbold. 1982. "Basic human rights/needs. Some problems of categorical translation and unification," *Review of the International Commission of Jurists*
- Griffin, James. 2008. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press
- Grossi, Paolo. 1972. "Usus facti. La nozione di proprietà nell'inaugurazione dell'età nuova," in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*
- Grozio, Ugo. 1961. *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace (1646)*. Bologna
- Grozio, Ugo. *De Iure Belli ac Pacis*
- Grozio, Ugo. *De Jure Praedae*
- Haakonssenn, Knud. 1985. "Hugo Grotius and the History of Political Thought", in *Political Theory*
- Haakonssen, Knud. 1991. "From Natural Law to the Rights of Man: A European Perspective on American debates", in Lacey, Michael *A culture of Rights*. Cambridge
- Habermas, Jurgen. 1973. *Prassi politica e teoria critica della società (1971)*. Bologna: Il Mulino.
- Habermas, Jurgen. 1989. *Etica del discorso*. Roma-Bari: Laterza
- Hamburger, Jean 2009, "Pensieri di un biologo sui diritti umani," in Cassese Antonio *Voci contro la barbarie. La battaglia per i diritti umani attraverso i suoi protagonisti*, Milano: Feltrinelli

- Hare, Richard Mervyn. 1968. *Il linguaggio della morale*. Roma: Ubaldini
- Hare, Richard Mervyn. 1981. *Moral Thinking. Its levels, method, and point*, Oxford: Oxford University Press
- Hart, Herbert L. A. "Bentham on legal right" in AA.VV. 1973. *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press
- Hart, Herbert L. A. 1964. "Esistono i diritti naturali?," In *Contributi all'analisi del diritto*. Milano: Giuffr 
- Hart, Herbert L. A. 1982. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* Oxford: Clarendon Press
- Hobbes, Thomas. 1976. *Leviatano(1690)*. Firenze: La Nuova Italia
- Hobbes, Thomas. 1988. "Elementi filosofici sul cittadino" (1642), in Bobbio Norberto (a cura di) *Opere politiche*. Torino:UTET
- Hohfeld, Wesley Newcomb.1969.*Concetti giuridici fondamentali*. Torino: Einaudi
- Horkeimer, Max. 1969. *Eclisse della ragione*. Torino
- Horowitz, Maryanne C. 1974. "The Stoic Synthesis of the Idea of Natural Law in Man: Four Themes," in *Journal of the History of Ideas*
- Hunt, Lynn. 2010. *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, 8. Roma-Bari: Laterza

- Hutcheson Francis. 1971. *An inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue*
- Ignatieff, Michael. 2003. Una ragionevole apologia dei diritti umani. Milano: Feltrinelli.
- Jaeger, Werner. 1936. *Paideia*. Firenze: La Nuova Italia
- Jhering, Rudolf. 1878. *Geist des röm. Rechts*, III, Lipsia
- Jones, Peter. 1994. *Rights. Issues in political theory*. London: The MacMillan
- Jori, Mario. 1981 "Alcuni cristiani di fronte al diritto," in Lombardi Vallauri, Luigi (a cura di) *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, 543-563. Baden-Baden.: Nomos Verlagsgesellschaft Giuffè.
- Kant, Immanuel. 1970. "Fondazione metafisica dei costumi," in *Scritti Morali*. Torino: UTET
- Kilcullen, Jhon. 1993. "Natural law and Will in Ockham," in *History of Philosophy Yearbook*
- Kelsen, Hans. 2000. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Etas
- Kim, Jaegwon. "Supervenience and Nomological Incommensurables," in *American Philosophical Quarterly*, 1978, 15, 149-156.

- Kramer, Matthew. 1998. "Rights without Timmings," in AA.VV. Kramer Matthew, Simmonds Nigel, Steiner Hillel (ed. by) *A debate over Rights*. Oxford: Clarendon Press

- Kripke, Saul. 1982. *Nome e necessità*. Torino: Boringhieri

- Lambert, Malcom, D. 1998. *Francis Poverty*. NY: The Franciscan Institute

- Lamont, William Dawson. 1946. *Principles of moral rights*. Oxford: Clarendon Press

- Lagarde, Georges de. 1946. *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*. Paris: Librairie E. Droz

- Leca, Jean. 1991. "Sur l'individualisme," in Birnbaum-J, Pierre *Individualisme et citoyenneté*. Paris: , Presses de Sciences Po « Références »

- Lecaldano, Eugenio. 1995. *Etica*. Torino: UTET

- Levy, Ernst. 1951. *West Roman Vulgar Law*. Philadelphia: The Society

- Little, Lester K. 1978. *Religious poverty and the profit economy in the Medieval Europe*. London: Paul Elek

- Locke, Jhon. 1982. *Due trattati sul governo (1690)*. Torino: UTET

- Lombardi Vallauri, Luigi. 1981. "L'orizzonte problematico," in Lombardi Vallauri, Luigi (a cura di) *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, 3-111. Baden-Baden.: Nomos Verlagsgesellschaft Giuffè..

- Lombardi Vallauri, Luigi. 1996. "Universalità dei diritti di quale uomo?," in D'Agostino Francesco *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*. Torino:, Giappichelli.

- Lubbe, Hermann. 1970. *la Secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto*. Bologna

- Lucas, Ramon.L. 2007. *Orizzonte verticale: senso e significato della persona umana*. Cinisello Balsamo: San Paolo.

- MacCormick, Neil. 1976., "Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights," in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*
- MacCormick, Neil. 1977. "Rights in legislation," in AA.VV. *Law, morality and society. Essay in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press
- MacCormick, Neil. 2007. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford:Oxford University Press
- MacIntyre, Alasdair. 1981. *After Virtue*. London: Duckworth
- MacPherson, Crawford B. 1962. *The Political theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*. Oxford: Clarendon Press.
- Macken, Raimond et alii. 1979. *Henrici de Gandavo opera Omnia*. Leuven: Leuven university Press.
- Mackie, John, Leslie. 2001. *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto*. Torino: Giappichelli
- Magni, Sergio, Filippo. 2004. "Il dibattito contemporaneo sulla natura dell'etica," in *Oltrecorrente*
- Magni, Sergio, Filippo. 2007. "L'oggettività metaetica nell'approccio delle capacità," in Bongiovanni, Giorgio. *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*. Milano: Mondadori.

- Mangini, Michele-Viola, Francesco. 2009 *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*. Torino: Giappichelli

- Marco Aurelio, Antonio. 1975. *Ricordi*. Milano: Rizzoli

- Maritain Jacques. 1981. *L'uomo e lo Stato*. Milano: Vita e Pensiero

- Maritain, Jacques. 1988. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*. Milano: Vita e Pensiero.

- Marramao, Giacomo. 1994. *Cielo e terra genealogia della secolarizzazione*. Laterza, Roma-Bari

- McDowell, John. 1998. *Mind, Value and Reality*. Cambridge: Harvard University Press.

- McGrade, Arthur S. 1974. *The political thought of William of Ockham*. Cambridge: Cambridge University Press

- Melden, Abraham I. 1977. *Rights and persons*. Oxford: Basil Blackwell

- Melden, Abraham I. 1988. *Rights in Moral Lives*. Berkeley: University of California Press

- Meinecke, Friedrich. 1967. *Le origini dello storicismo*, Firenze.

- Miller, Fred D..1995. *Nature, justice, and rights in Aristotle's Politics*. Oxford: Clarendon University Press

- Mollat, Michel. 1986. *The poor in the Middle Ages*. New Haven: Yale University Press

- Monatanari, Bruno. 2011. "Secolarizzazione. Profili epistemologici e normativi," in Palazzani Laura (a cura di) *Filosofia del diritto e secolarizzazione: percorsi, profili, itinerari*, 45-56. Roma: Quaderni della Libera università Maria SS. Assunta, LUMSA, Roma. Sezione centro studi biogiuridici

- Montesquieu, Charles Louis de Secondat. 1773. *Lo spirito delle leggi* (1748). UTET: Torino

- Morrall, Jhon B. 1975. *Gerson and the great schism*. Manchester: Manchester University Press

- Nino, Carlos Santiago. 1991. *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

- Nino, Carlos Santiago. 1996. *Introduzione all'analisi del diritto*. Torino: Giappichelli

- Nozick, Robert. 2005. *Anarchia Stato e Utopia*. Milano: Il Saggiatore

- Nussbaum, Martha C. 1992. "Human Functioning and Social Justice: In Defence of Aristotelian Essentialism," in *Political Theory*

- Nussbaum, Martha C. 1995. "Aristotle on Human Nature and the Foundation of Ethics," in *World, Mind and Ethics: Essays on Ethical Philosophy of Bernard Williams*. Cambridge: Cambridge University Press

- Nussbaum, Martha C. 1996. "Virtù non relative. Un approccio aristotelico," in Mangini Michele, *L'etica delle virtù e i suoi critici*. Napoli: La Città Del Sole

- Nussbaum, Martha C. 1995. "Hylomorphism," in *A companion to Metaphysics*. Blackwell: Oxford

- Nussbaum, Martha C. 1997. "Human Right Theory: capabilities and Human Rights," *Fordham Law Review*

- Nussbaum, Martha C. 1999. "Virtue Ethics. A Misleading Category ?," in *The Journal of Ethics*, III, 3

- Nussbaum, Martha, C. 2001. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*. Bologna: Il Mulino

- Nussbaum, Martha, C. 2002. "Capabilities and Human Rights," in *Global Justice and Transnational Politics* Cambridge: MA:MIT Press

- Nussbaum, Martha C. 2003. "Natura, funzione e capacità: la concezione aristotelica della redistribuzione politica," in Id. *Capacità personale e democrazia sociale*. Reggio Emilia: Diabasis

- Oakeshott, Michael. 1962. *Rationalism in politics and other essays*. Methuen

- Ockham, William of. 1963. "Opus nonaginta dierum" *Guillelmi de Ockham. Opera politica*. Manchester

- Oestreich, Gerhard. 2001. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*. Roma-Bari: Laterza.

- Olivecrona, Karl. 2000. "Il "suum" secondo la dottrina del diritto naturale," in Castiglione, Silvana, Faralli, Carla, Ripoli, Mariangela (a cura di) *Olivecrona Karl. La realtà del diritto*, 355-362. Torino: Giappichelli

- Olivecrona, Karl. 2000. "La teoria dell'appropriazione di Locke," in Castiglione, Silvana, Faralli, Carla, Ripoli, Mariangela (a cura di) *Olivecrona Karl. La realtà del diritto*, 415-438. Torino: Giappichelli

- Opocher, Enrico. 2000. *Lezioni di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM

- Padoa Schioppa, Antonio. 2007. *Storia del diritto in Europa: dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino

- Parfit, Derek. 1989. *Ragioni e persone*. Milano: Il saggiatore

- Pariotti, Elena. 2013. *Diritti Umani. Concetto, teoria evoluzione*. Padova: CEDAM

- Pascal, Balise. 1877. *Pensées*. Paris: Lamerre

- Pascoe, Louis B. 1973. *Jean Gerson: Principle of church reform*. Leidenù

- Passerin, D'Entrèves, Alessandro. 1962. *La dottrina del diritto naturale*. Milano: Edizioni di Comunità

- Pastore, Baldassare. 2003. *Per un'ermeneutica dei diritti umani*. Torino: Giappichelli

- Peces-Barba, Martínez, Gregorio. 1993. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè

- Pellistrandi, Christine. 1974. "Pauvreté dans la règle," in *Etudes sur l'histoire de la pauvreté*. Paris: Publications de la Sorbonne.

- Pennock, Roland J., Chapman, John W. 1981. *Human Rights*. New York: New York University Press

- Pennock, Roland. 1981. "Rights, Natural rights, and human rights – a generale view," Roland Pennocke Jhon W. Chapman. *Human Rights*, nomos XXIII. New York e London: New York University Press

- Penzo, Giorgio. 1994. "L'esperienza giuridica e il duplice aspetto della secolarizzazione," in Castellano, Danilo, Giovanni, Cordini (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*. Milano: Giuffrè

- Perry, Thomas. 1977. "A paradigm of philosophy: hohfeld on legal rights," in *American philosophical quarterly*, 14, 1977,

- Perry, Ralph Barton. 1954. *Realms of value*. Cambridge: Harvard University Press

- Pino, Giorgio. 2009. "Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica," in *Materiali per una storia della cultura giuridica*

- Pisanò, Attilio. 2011. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè

- Platone. 2014. *Gorgia*. Roma-Bari: Laterza

- Platone. 2013. *Protagora*. Roma-Bari: Laterza

- Pohlenz. Max. 1975 "Nota introduttiva," in Marco Aurelio Antonio *Ricordi*. Milano: Rizzoli

- Pogge, Thomas. 2010. *Povert  e diritti umani: Responsabilit  e riforme cosmopolite*. Roma: Laterza
- Pufendorf, Samuel. 1952. *Principi di diritto naturale*. Paravia: Torino
- Pugliese, Giovanni. "Res corporale", "res incorporales" e il problema del diritto soggettivo," in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*.
- Putnam, Hilary. 1985. *Ragione, verit  e storia*. Milano: Il saggiaiore
- Putnam Hilary – Nussbaum Martha C. 1995. "Changing Aristotle's Mind" in Nussbaum Martha C., Rorty Am lie *Essays on Aristotle's De Anima*, Oxford:Clarendon Press, Oxford
- Rachels, James. 1998. "Introduction," in Id. *Ethical Theory*. Oxford: Oxford university Press.
- Radbruch, Gustav. 1946. "Ingiustizia legale e diritto sovralegale," in a cura di Amedeo Giovanni Conte, Paolo Di lucia, Luigi Ferrajoli, Raffaello Cortina *Filosofia del diritto*
- Radbruch, Gustav. 1959. *Propedeutica alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli
- Railton, Peter . 1996. "Il realismo morale," in PierGiorgio Donatelli, Eugenio Lecaldano. 1996. *Etica analitica. Analisi, teorie, applicazioni*. Milano: LED
- Rapaczynski, Andrzej. 1987. *Nature and politics*. NY: Ithaca
- Rawls, John. 1991. *Una teoria della giustizia*. Milano: Feltrinelli

- Rawls, John. 1997. "The Idea of Public Reason Revisited," in *University of Chicago Law Review*, 64

- Rawls, John. 2001a. "Giustizia come equità: è politica non metafisica," in Id. *Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*. Torino: Edizioni di Comunità

- Rawls, John. 2001b. *Il diritto dei popoli*. Torino: Edizioni di Comunità.

- Rawls, John. 2001c. "Il costruttivismo kantiano nella teoria morale," in Id. *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*. Torino: Edizioni di Comunità

- Raz, Joseph. 1986. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press

- Raz, Joseph. 2003. *I Valori tra attaccamento e rispetto*. Reggio Emilia: Diabasis

- Raz, Joseph. 1995. "Indiana Law Journal," in *Rights and Politics*, 71

- Raz, Joseph. 2007. "Diritti umani senza fondamenti," *Ragion Pratica*, 29, 449-468

- Ricciardi, Mario. 2004. "Ritorno del diritto naturale?," in a cura di Angelo Camponico *Tra leggi e virtù*. Genova: Il Melangolo

- Ritchie, David. 1903. *Natural Rights*. NY: Macmillan Publishing Company

- Robson, Michael. 2002. *St. Francis of Assisi*. London: continuum

- Rommen, Heinrich. 1965. *L'eterno ritorno del diritto naturale*. Roma: Studium.
- Rommen, Heinrich. 1954. "The genealogy of Natural Rights," in *Thought*.
- Rosmini, Antonio. 1997. *Frammenti di storia dell'empietà e scritti vari*. Padova: Cedam
- Ross, Alf. 1978. *Direttive e norme*. Milano: Edizioni di Comunità
- Rousseau, Jean-Jacques. 1945. *Emilio*. Milano: Sonzogno
- Rousseau, Jea-Jacques. 1979a. "Discorso sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza tra gli uomini," in Id. *Scritti politici*. Torino: UTET
- Rousseau, Jean-Jacques. 1979b. "Il contratto sociale," in Id. *Scritti politici*. Torino: UTET
- Rousseau Jean-Jacques. 1979c. "Discorso sull'economia politica," in Id. *Scritti politici*. Torino: UTET
- Sacconi, Lorenzo. 1991. *Etica degli Affari*. Milano: Il Saggiatore
- Sala, Gian Battista. 1982. "Diritti umani e legge naturale," in Concetti Gino (a cura di) *Diritti umani: dottrina e prassi*. Roma: Ave
- Salomon, Max. 1911. "Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten". *Zeitschrift der Savigny Stiftung fur Rechtsgesh.*

- Sandel, Michael. 1994. *Il Liberalismo e i limiti della giustizia*. Milano: Feltrinelli.

- Schiavello, Aldo. 2001. "Ragione pubblica o ragione senza aggettivi? Riflessioni critiche sulla nozione rawlsiana di ragione pubblica," in Gian Luigi Brena (a cura di), *Etica pubblica e pluralismo*. Padova: Edizioni Messaggero.

- Schiavello, Aldo. 2001. " Due concezioni della ragione pubblica a confronto. Dissertazione analitica della nozione rawlsiana di ragione pubblica," in *Etica & Politica* 1,

- Schlag, Pierre 2010."Formalism and realism in ruins. (Mapping the logic of collapse)," in *Iowa Law Review*, 95

- Schmitt, Carl. 1972. "Il concetto di "politico", in *Le categorie del "politico"*. Bologna: Il Mulino.

- Schwarz, Reinold. 1980. "Circa naturam iuris subiectivi," in *Periodica dere morali canonica liturgica*

- Sen, Amartya. 1985. "Rights and Capabilities," in Honderich *Moral and Objectivity*. London: Routledge and Kagan.

- Sen, Amartya. 1993. "Capability and Well-Being", Nussbaum Martha C.-Sen Amartya. *The quality of life*. Oxford: Clarendon Press

- Sen, Amartya. 2004. "Elements of a theory of rights," in *Philosophy and Public Affairs*, 32

- Seneca. 2008.*Lettere Morali a Lucilio*. Milano: Garzanti

- Shapiro, Ian. 1986. *The evolution of Rights in Liberal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, Ian. 1982. "Realism in the Study of the History of Ideas," in *History of Political Thought*
- Shue Hanry. 1996. *Basic rights*. Princeton: Princeton University Press
- Simmons, Jhon. 2001. "Human Rights and World Citizenship: The Universality of Human Rights in Kant and Locke," in *Justification and Legittimacy: Essays on Rights and Obligations* Cambridge: Cambridge University Press
- Singer, Peter. 1989. *Etica pratica*. Napoli: Liguori
- Skinner, Quentin.1989. *Le origini del pensiero politico moderno (1978)*. Bologna: Il Mulino
- Smith, Michael. 1993. "Realism," in AA.VV. *A companion to Ethics*. Wiley-Blackwell
- Smith, Tara. 1995. *Moral Rights and political freedom*. Boston London: Rowman&Littlefield Publishers
- Sofocle. 2010. *Antigone*. Siena: Lorenzo Barbera Editore
- Spadaro, Antonio. 2001. "La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione," in *Diritto pubblico comparato ed europeo*
- Spaemman, Robert. 2005. *Persona sulla differenza tra qualcosa e qualcuno*. Roma-Bari: Laterza
- Stanley Benn. 1978. "Human rights-for whom and for what ?," in Kamenka Eugene, Erh-Soon Tay *Human Rights*. London. Edward Arnold
- Steiner, Hillel. 1994. *An Essays on rights*. Oxford: Blackwell

- Steiner, Hillel. 1998. "Working rights," in AA.VV., Kramer Matthew, Simmonds Nigel, Steiner Hillel (ed. by). *A debate over Rights*. Oxford: Clarendon Press
- Stevenson, Charles Leslie. 1937" The Emotive Meaning of Etichal Terms," in *Mind*, XLVI
- Strauss, Leo. 1990. *Diritto naturale e storia* (1953). Genova: Il Melangolo
- Sturgeon, Nicholas. 2006. "Ethical Naturalism," in Copp, David *The Oxford Handbook of Ethical Theory*. New York: Oxford university Press
- Sumner, Wayne, L. 1987. *The moral foundation of rights*. Oxford: Oxford University Press
- Sumner, Wayne, L. 1984. "Rights denaturalized," in AA. VV. (Frey Raimond ed. By) *Utility and rights*. Oxford: Basil Blackwell
- Tasioulas, John. "Cosa è un diritto umano," in *Ragion Pratica*, 2010,34, 109-127
- Tasioulas, John. 2007. "The Moral Reality of Human Rights," in Pogge, Tomas *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*. Oxford: Oxford University Press.
- Taylor, Charles. 1989. *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*. Milano: Feltrinelli
- Taylor, Charles. 1985. "Kant's theory of freedom," in Id. *Philosophy and the Human Science: Philosophical Papers, 2*.
- Tierney, Brian. 2002. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*. Bologna: Il Mulino.
- Tierney, Brian. 1992. "Ius and Metonymy in Rufinus," in *Studia in honorem eminentissimi Cardinalis Alphonsi M. Stickler*. Roma: LAS-Libreria Ateneo salesiano
- Todescan, Franco. 1998. *Metodo, diritto, politica: lezioni di storia del pensiero giuridico*. Bologna: Monduzzi

- Triolo, Lucia. 1996. *Primato del diritto e della giustizia. Diritti Fondamentali e Costituzione*. Torino: Giappichelli.
- Troeltsch, Ernst. 1977. *L'essenza nel mondo moderno*. Napoli
- Trombino, Mario. 1997. "Sovranità," in Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, 193-214. Bari: Laterza
- Troper, Michel. 2007. "Le positivisme et les droits de l'homme," in Bertrand Binochet et Jean-Pierre Cléro *Bentham contre les droits de l'Homme*, Paris: PUF
- Trujillo, Isabel. 1997. *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confine della conoscenza*. Torino: Giappichelli
- Tuck, Richard. 1979. *Natural Rights Theories. Their origin and development*. Cambridge: Cambridge university Press
- Tuck, Richard. 1983. "Gotius, Carneades and Hobbes," in *Grotiana*
- Tuck, Richard. 1987. "The "Modern" Thoery of Natural Law," in Pagden *The language of Political Theory in Early-Modern Europe*. Cambridge
- Tuck, Richard. 1989. *Hobbes*. Oxford
- Tuck, Richard. 1991. "Grotius and Selden," in H. Burns and Mark Goldie *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vernaglione, Piero. 2003. *il libertarismo. La teoria, gli autori, le politiche*. Soveria Mannelli: Rubbettino
- Villa, Vittorio. 2004. *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*. Torino: Giappichelli
- Villey, Michel. 1950. "Le "ius in re" du droit romain classique au droit modern," in *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*
- Villey, Michel. 1964. "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam," in *Archives de philosophie du droit*

- Villey, Michel. 1972. "Bentham et le droit naturel classique," in *Archives de philosophie du droit*
- Villey, Michel. 1986. *La formazione del pensiero giuridico moderno (1975)*. Milano: Jaca Book
- Villey, Michel. 1981. "Travaux récents sur les droits de l'homme," in *Archives de philosophie du droit*
- Villey, Michel. 1983. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF
- Viola, Francesco. 1979. *Behemoth o Leviatan?. Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*.
- Viola, Francesco. 1989. *Diritti dell'uomo, Diritto Naturale ed Etica Contemporanea*. Torino: Giappichelli.
- Viola, Francesco. 1990. *Il diritto come pratica sociale*. Milano. Jaca-Book
- Viola, Francesco. 1990. "I diritti umani alla prova del diritto naturale," in *Persona y Derecho*, 23
- Viola, Francesco. 1997. *Dalla natura ai diritti*. Bari: Laterza
- Viola, Francesco. 2000. "Le origini ideali dei diritti umani," in Id. *Etica e metaetica dei diritti umani*. Giappichelli:Torino
- Viola, Francesco. 2000. "Il carattere morale della pratica sociale dei diritti," in Id. *Etica e metaetica dei diritti*. Torino: Giappichelli
- Viola, Francesco. 2000. "Una moralità basata sui diritti," in Id. *Etica e metaetica dei diritti*. Torino: Giappichelli
- Viola, Francesco. 2000. "Il problema del fondamento dei diritti, oggi" in Id. *Etica e metaetica dei diritti*. Torino: Giappichelli.
- Viola, Francesco, Zaccaria, Giuseppe. 2003. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Viola, Francesco. 2003. "La ragionevolezza politica secondo Rawls", in *Vigna Etiche e Politiche della post-modernità*. Milano: Vita e Pensiero

- Viola, Francesco. 2006a “L’universalità dei diritti umani: un’analisi concettuale,” in Botturi Francesco, Totaro Francesco *Universalismo ed etica pubblica*. Milano: Vita e Pensiero
- Viola, Francesco. 2006b. “Diritti Umani,” *Enciclopedia filosofica*. Milano: Bompiani
- Viola, Francesco. 2009. “I diritti umani sono naturali ?,” In *Annuario di etica*. Milano: Vita e Pensiero
- Viola, Francesco. 2011. *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Torino: Giappichelli.
- Violante, Cinzio. 1974. “La pauvreté dans les hérésies du XIe siècle en Occident,” In *Etudes sur l’histoire de la pauvreté*. Paris: Publications de la Sorbonne
- VonWright, George Henrik. 1963. *Norm and action: a logical enquiry*. London
- Wachsmann, Patrick. 1991. "Les juristes, l'Etat de droit et l'accélération de l'histoire," in *Le trimestre du monde*, 16,
- Waldron, Jeremy. 1993. “Rights in Conflict,” in *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge university Press
- Weigand, Rudolf. 1967. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. Munchen: Max Hueber
- Wellman, Carl. 1995 *Real rights*. New York.
- Wiggings, David. 1980. *Sameness and Substance*. Oxford: Blackwell
- Wilks, Michael. 1963. *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press
- Wolff, Christian von. 1741. *Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*. Hidesheim
- Wolff, Christian von 1968. *Institutiones iuris naturae et gentium*. Hidesheim

- Wulf, Maurice de. 1920. "l'individu et le groupe dans la scolastique du XIII siècle," in *Revue néo-Scholastique de philosophie*
- Untersteiner, Mario. 1967. *I sofisti*. Vol. I e II. Milano: Lampugnani Nigri
- Zagrebelsky, Gustavo. 1992. *Il diritto mite*. Einaudi: Torino
- Zagrebelsky, Gustavo. 1995. "Relazione," in (a cura dell'associazione italiana dei costituzionalisti) *I diritti fondamentali*. Padova: Cedam
- Zanetti, Gianfranco. 1997. "Eguaglianza", Barbera, Augusto (a cura di) *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*. Bari: Laterza
- Zuckerman, Charles. 1973. "The Relationship of Theories of universal to Theories of Church Government in The Middle Ages: A Critique of Previous Views," in *Journal of History of Ideas*