

Diritti umani ed esercizio legittimo dell'autorità

In questo lavoro intendo richiamare l'attenzione su uno dei tratti centrali della nozione di diritti umani, e sul modo in cui alcune tesi interpretative in ambito giuridico entrino in tensione con esso.

Non cercherò di ricostruire il concetto di diritti umani, e neppure di spiegare come si usi. Mi interessa invece, per iniziare, distinguere in generale due forme di intendere i concetti e l'analisi che possiamo offrire di essi. Ciò mi permetterà di mostrare l'origine di alcuni dei problemi che vorrei far emergere.

1. Due nozioni di concetto

Nel dibattito sul tema dei diritti umani si può distinguere tra un concetto ideale ed uno ordinario¹. In realtà si potrebbe fare lo stesso rispetto a qualunque altro tema o oggetto, specie se di tipo valutativo o normativo. In quel che segue, cercherò di esporre alcuni degli aspetti che a mio avviso sono coinvolti in questa distinzione.

In alcuni casi, quando si menzionano o si usano concetti come quelli di diritti umani, di giustizia, di libertà, ecc., si sta menzionando, o si sta facendo riferimento a un insieme di valori fondamentali, che in ipotesi delimitano tali concetti, e a tutte quelle proprietà che, sulla base di tali valori, caratterizzano qualunque oggetto, azione o situazione ai quali questi concetti si possano applicare. In questo caso ogni specifico concetto fa riferimento a un ideale il cui contenuto è determinato dal valore, o dai valori espressi dal concetto. Sono questi i valori che giustificano l'ammissione di certe proprietà come parti necessarie del concetto, oppure come caratteristiche meramente compatibili o incompatibili

¹ In questo senso, per esempio, Joseph Raz distingue esplicitamente tra la spiegazione che chiama «tradizionale» (che dà conto di ciò che sto chiamando concetto ideale) e quella che invece chiama «politica» (che dà conto di ciò che sto chiamando concetto ordinario) dei diritti umani. Cfr. J. Raz, *Diritti umani senza fondamenti*, in «Ragion pratica», 29, 2, 2007, pp. 449-68. Non ritengo opportuno chiamare «politico» il concetto ordinario dato che vi sono concetti chiaramente politici che sono comunque ideali, e non danno conto dell'uso ordinario.

con il concetto stesso. Menzionando o identificando un concetto inteso in questo modo, stiamo menzionando o identificando tutte quelle proprietà che dobbiamo ammettere come necessariamente associate ad esso sulla base di un'esigenza di coerenza con le sue caratteristiche o valori centrali. Coerenza che può essere giudicata non solo in termini logico-deduttivi, ma anche in termini di ragionevolezza o equilibrio tra le diverse esigenze che derivano a partire dalle proprietà fondamentali del concetto.

È interessante sottolineare che i concetti ideali non sono necessariamente concetti morali. Gli esempi appena menzionati – le nozioni di diritti umani, giustizia, libertà, ecc. – normalmente lo sono e quindi sono collegati a determinati valori morali. Ma non tutti i concetti ideali sono di questo tipo. Per esempio abbiamo un concetto ideale di ogni figura geometrica. E potremmo anche avere un concetto ideale di *baguette*, di valigia, di giornata di riposo, di casa, ecc. Ciò che voglio sottolineare è che un concetto ideale non fa riferimento alla realtà, non si istanzia nel mondo empirico. Questo non perché la realtà sia sempre imperfetta e non possa coincidere con l'ideale, ma perché, in ipotesi, il concetto si riferisce a un ideale, cioè all'insieme di proprietà che devono essere soddisfatte e non all'insieme di eventi o oggetti nei quali l'ideale si soddisfa o in qualche misura si esibisce. Comunque, il fatto che non sia empiricamente possibile, per esempio, trovare casi reali di una *norma universale*, di una *comunità ideale di dialogo* o di una *società egualitaria* non vuol dire che questi concetti siano malformati, vuol dire invece che stiamo parlando di categorie ideali. Allo stesso modo, la nozione geometrica di cerchio non è malformata per il fatto di non fare riferimento a, né instanziarsi in, nessuno dei cerchi che effettivamente disegniamo nella realtà². D'altra parte, benché i concetti ideali come quelli di cerchio o di società giusta non facciano riferimento a casi reali, ciò non significa che tali concetti non possano essere impliciti, svolgendo un ruolo di modelli regolativi, nell'uso che ordinariamente si fa delle nozioni di cerchio, o di società giusta, e che fanno riferimento a cerchi o società concrete. Potremmo identificare concetti ideali totalmente indipendenti da pratiche di comportamento ma, in generale, tali concetti si trovano esplicitamente o implicitamente presenti nelle pratiche linguistiche che costituiscono un concetto ordinario. In generale, siamo interessati a concetti ideali perché costituiscono guide o basi per la critica dei nostri concetti ordinari. Ciò si vede chiaramente nel caso dei concetti morali ordinari che presuppongono, come modelli regolativi, un ideale morale. Ma succede anche per concetti di altro tipo che alludono a ideali estetici, sportivi, formali, ecc., che non necessariamente coinvolgono valori morali. Se quanto affermato è corretto, l'esistenza di concetti in senso ideale è indipendente dall'esistenza di un concetto ordinario correlativo. Possono esservi concetti puramente ideali, non collegati ad

² M. Kramer, *Elements of the Rule of Law*, in M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 105-07, a p. 105.

una pratica sociale di uso, come pure concetti ordinari che non sono collegati a nessun ideale. Niente impedisce però che, a partire da un concetto ordinario, si generino o si propongano concetti ideali correlativi, o, all'inversa, che a partire da un concetto puramente ideale si sviluppi una pratica di uso che determini un concetto ordinario correlativo. In quest'ultimo caso il concetto ordinario non sarebbe altro che quello che emerge da una pratica nella quale si cerca di usare il concetto ideale.

Analizzare concetti intesi come ideali può essere quindi interessante, sia per capire quali siano le caratteristiche che governano l'uso di un concetto ordinario in una pratica reale, sia per proporre un concetto nuovo, un ideale o un'utopia non associati ad alcuna pratica effettiva. In altre parole, analizzando un concetto ideale, anche se potremmo dar conto dell'uso effettivo di un concetto ordinario, non siamo tenuti a farlo.

Per illustrare ciò che intendo dire è forse utile presentare un esempio. Il concetto morale di giustizia che emerge dalla teoria della giustizia di Rawls del 1971³ ed il concetto politico che lo stesso autore propone nel 1993⁴ sono esempi di concetti ideali. In nessuno dei casi l'autore cerca di identificare o analizzare il concetto che emerge dall'uso ordinario della nozione di giustizia. Al contrario, il suo obiettivo è sottolineare quali siano i valori fondamentali associati alla nozione di giustizia che ne derivano o ne sono presupposti. Nella prima ipotesi si tratta di valori morali di ispirazione liberale e nella seconda di valori politici che, in linea di principio, qualunque posizione ragionevole potrebbe accettare. Ma in entrambe le situazioni lo scopo dell'autore è quello di riflettere sul contenuto di un concetto ideale di giustizia (morale in un caso, politico nell'altro).

In questo senso, a partire da un'analisi di tale tipo si potrebbe giungere alla conclusione che non vi siano casi di *uso corretto* del concetto di giustizia (se presupponiamo che il concetto si usi in una pratica) o perfino che non vi siano casi di *uso* del concetto (se presupponiamo che si tratti di un concetto nuovo o almeno non presente in una specifica pratica presa come punto di riferimento).

Da ciò che ho appena detto, deriva che non costituisce una valida critica all'identificazione o all'analisi di un concetto ideale di giustizia il fatto che non dia conto del nostro modo di concepire la giustizia o della forma in cui di fatto si usi o si applichi la espressione «giustizia». Questo perché l'analisi potrebbe non avere come scopo l'identificazione dell'ideale presupposto nel nostro concetto ideale di giustizia, ma piuttosto l'identificazione di un ideale diverso da quello che la nostra pratica incorpora. Analizzando un concetto ideale si potrebbero perseguire molteplici obiettivi. Ad esempio, si potrebbe voler mettere in evidenza che un determinato gruppo non possiede tale concetto, o che, nonostante il concetto

³ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, Feltrinelli, 1982.

⁴ Id., *Il liberalismo politico* (1993), Milano, Edizioni di Comunità, 1999.

sia implicito nella pratica linguistica di un gruppo, tutti coloro che utilizzano il concetto si sbagliano *completamente* quando lo usano.

È importante segnalare che i concetti ideali non devono essere necessariamente intesi come frutto di stipulazioni di chi li identifica o analizza. Potrebbero esserlo, ma – come ho già detto – potrebbero essere anche concetti già presenti in una pratica, totalmente o parzialmente impliciti in essa. Ciò che è importante è che, se il nostro oggetto di riflessione è un concetto ideale, non possiamo prendere la pratica come un punto di riferimento per giudicare della bontà dell'analisi. Un concetto ideale può essere criticato sulla base di diverse ragioni: per esempio, perché non è internamente coerente, perché è totalmente inutile, perché è offensivo, ecc. Ma il fatto che il concetto non dia conto di una pratica linguistica, o il fatto che non sia possibile trovare casi empirici che lo esemplifichino non costituiscono un difetto del concetto e, di conseguenza, non sono basi legittime per una critica.

In altre occasioni invece, quando si menziona o si usa un concetto come quello di diritti umani, o di giustizia, o di libertà, ecc., si sta menzionando o usando un concetto ordinario. Vale a dire quell'insieme di proprietà che caratterizzano azioni, situazioni o oggetti ai quali questi concetti effettivamente si applicano. Così intesi, tali concetti sono determinati dalla forma in cui gli agenti che li usano li concepiscono. In altre parole, il contenuto dei concetti si inferisce totalmente dal modo in cui pensa e agisce un gruppo di soggetti, e in particolare a partire dalle loro pratiche linguistiche. In questo caso, il concetto non fa riferimento ad un'entità ideale bensì alle situazioni reali a cui i partecipanti di una pratica lo applicano.

Un concetto, in questo senso ordinario, non esiste se non in relazione ad una pratica d'uso, cioè rispetto a un tempo e a un luogo determinati. L'analisi di un concetto ordinario potrebbe mostrare l'esistenza di un errore generalizzato nell'uso del concetto, rispetto all'uno o all'altro aspetto del concetto stesso. Ma, in ipotesi, non potrebbe indicare l'esistenza di un errore globale, vale a dire di un errore generalizzato, relativo a *tutte* le caratteristiche o contenuti associati al concetto. Ciò è impossibile semplicemente perché il concetto è ciò che gli utenti credono che sia, e non ha un contenuto distinto rispetto a quello che viene da loro attribuito. Per questo motivo, un concetto ordinario non è necessariamente un concetto internamente coerente o giustificato rispetto a certi fini o valori. Certamente potrebbero essere meritevoli di critica per questo motivo, ma se l'obiettivo è semplicemente identificare e analizzare il loro contenuto, non dovremmo cercare di eliminare o attenuare le tensioni o imprecisioni che può presentare. In ogni caso, dovremmo limitarci a mostrare quali siano le caratteristiche associate al concetto sulla base del suo uso, e quali di esse siano in tensione o siano imprecise.

Quando i concetti che cerchiamo di analizzare sono concetti ordinari, dobbiamo applicare un principio di carità. Ciò significa che dobbiamo cercare di

non allontanarci dalla comprensione che del concetto si ha in una determinata pratica, ed evitare di attribuire credenze false ai partecipanti. In altre parole, nell'analizzare un concetto ordinario – anche quando si tratta di un concetto connesso ad un ideale – dobbiamo presupporre che, in via di principio, coloro che lo usano non si sbagliano tutti nell'applicarlo, ossia quando credono di identificare esempi o istanze del concetto in questione. Contrariamente a quanto accade quando si tratta di un concetto ideale, il fatto che il concetto identificato si allontani dalla pratica linguistica e dalla comprensione dei suoi partecipanti darebbe luogo ad una obiezione fatale. Le cose stanno così perché il concetto ordinario è solo quello che dà conto dei casi reali ai quali effettivamente ci si riferisce attraverso il suo uso.

La distinzione che sto sottolineando non emerge sempre chiaramente quando si realizza un'analisi di concetti specifici. A volte si usano esplicitamente aggettivi qualificativi, come ad esempio quando si dice «norme *genuine*», «democrazia *ideale*», che rendono manifesto che si sta usando o menzionando il concetto ideale e non quello ordinario. Ma non è sempre così. Inoltre, il fatto che in molti casi sia possibile identificare un concetto ordinario e uno o più concetti ideali ad esso correlati rende particolarmente difficile determinare se in una data occasione si stia usando o menzionando un concetto ideale o uno ordinario. Il fatto che in questi casi i due tipi di concetti siano necessariamente collegati non significa che essi non siano astrattamente distinguibili; se non li distinguessimo staremmo confondendo nozioni che si riferiscono ad entità diverse. A mio parere, l'interesse di molti disaccordi filosofici sparirebbe se ci si rendesse conto che alcuni dei partecipanti stanno cercando di analizzare un concetto ideale, mentre altri stanno parlando del concetto ordinario correlativo⁵.

In breve, una volta che ci si sia resi conto che usiamo o menzioniamo la nozione stessa di concetto e i distinti concetti specifici in due sensi diversi, dovrebbe essere chiaro che i due tipi di concetto non competono tra loro. In tal modo, l'identificazione e l'analisi di uno specifico concetto in un senso o nell'altro, sebbene siano attività chiaramente distinte, sono tra loro compatibili e possono avere un interesse relativamente autonomo. Dovrebbe anche risultare chiaro che, da una parte, il fatto che sia *empiricamente impossibile* trovare esempi reali che soddisfino un concetto non è sintomo del fatto che il concetto sia mal formato: è sintomo piuttosto del fatto che si tratta di un concetto ideale che non fa riferimento a esempi reali. D'altra parte, la constatazione che un concetto sia vago o contraddittorio non è necessariamente sintomo che la sua identificazione sia stata realizzata male; è piuttosto sintomo probabile che si sta prendendo in

⁵ Ad esempio, i particolaristi ritengono che sia impossibile trovare un esempio effettivo di *genuino* ragionamento universalista. Ma trascurano il fatto che il concetto di ragionamento, o di razionalità, universalista fa riferimento a un ideale, e non pretende di ricostruire il modo in cui gli agenti effettivamente ragionano. Cfr. B. Celano, *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 469-89.

considerazione un concetto ordinario che, come sappiamo, è un tipo di concetto inevitabilmente vago e spesso non del tutto coerente.

Si potrebbe pensare che quanto affermato possa essere espresso adeguatamente dalla distinzione tra un concetto analizzato da un punto di vista esterno, neutrale (vale a dire il concetto ordinario) e un concetto analizzato dal punto di vista interno, impegnato (ossia il concetto ideale). Oppure che l'analisi di un concetto ordinario consista in una genuina spiegazione concettuale, mentre l'analisi di un concetto ideale consisterebbe in realtà nella proposta di una specifica concezione. La distinzione tra punto di vista interno ed esterno, o quella fra l'identificazione di un concetto e di una concezione possono essere in se stesse plausibili o utili in relazione a certi obiettivi teorici. Ma non colgono la distinzione che sto cercando di mostrare. La distinzione da me proposta non coincide con, né pretende di cogliere una differenza nell'atteggiamento di chi cerca di identificare o analizzare un concetto. La distinzione istituita sottolinea che abbiamo due nozioni differenti di concetto e che, di conseguenza, il compito di identificazione è differente in ciascun caso. Tuttavia, se rispetto a uno specifico tema o oggetto fosse possibile identificare un concetto ordinario e un concetto ideale correlato, entrambi potrebbero essere analizzati da un punto di vista interno o esterno. Così pure, in questo caso sarebbe sempre possibile distinguere tra il concetto (ordinario o ideale) di base e diverse concezioni di esso.

I concetti in un senso ideale sono delimitati da un insieme coerente di proprietà considerate essenziali e a partire dalle quali si giustifica ogni ulteriore contenuto loro attribuito. I concetti in senso ordinario, invece, sono delimitati dalla comprensione dei partecipanti in una pratica nella quale il concetto si usa e trova istanze di applicazione. In quest'ultimo caso, non solo si presuppone (caritativamente) che tali partecipanti abbiano successo quando fanno riferimento a casi reali che esemplificano il concetto, ma si presuppone anche che tali usi che hanno successo determinino il contenuto del concetto.

La relazione che esiste fra il contenuto del concetto e la comprensione che i partecipanti hanno di esso è diversa a seconda che si tratti del concetto ordinario o ideale. Dalla prospettiva del concetto ideale la pratica di uso del concetto ordinario correlato e la comprensione che di esso hanno gli agenti possono giudicarsi come totalmente o parzialmente giustificate o ingiustificate, corrette o scorrette nella misura in cui esse si adeguino a, o siano compatibili con i valori e le altre proprietà associati al concetto ideale presupposto. Dalla prospettiva del concetto ordinario i valori e le altre proprietà associate all'ideale presupposto possono giudicarsi come totalmente o parzialmente adeguati o inadeguati, corretti o scorretti nella misura in cui essi si adeguino a, o servano a spiegare la pratica e la comprensione che gli agenti hanno.

L'obiettivo che perseguo sottolineando la distinzione tra questi due tipi di nozione non è quello di privilegiare l'una e trascurare l'altra. Come ho già sostenuto, non si tratta di concetti che siano in competizione fra di loro. Purché

non li si confonda, entrambi i modi di intendere i concetti e la loro identificazione possono rivestire interesse. Dirò di più: avvertire la differenza tra queste due nozioni di concetto non è solo rilevante ma è addirittura necessario quando si analizzano specifici concetti ordinari di tipo valutativo o interpretativo, dato che questi concetti sono effettivamente collegati a diversi concetti ideali. In altre parole, in relazione ad ogni specifico concetto ordinario di questo tipo sarebbe possibile identificare vari concetti ideali che, in questo caso, sono in conflitto tra loro. La distinzione proposta serve comunque a indebolire quelle posizioni che, quando identificano concetti interpretativi – come ad esempio quelli di norma, sistema giuridico, diritti umani, ecc. –, sembrano non essere consapevoli che esistono due sensi in cui possiamo identificare tali concetti e confondono le caratteristiche e gli obiettivi dell'attività di identificazione in tutti e due i casi.

Da ultimo, è interessante notare due differenti letture del modo in cui l'analisi di certi concetti tende a realizzarsi in differenti momenti storici. Ad esempio Bruno Celano⁶ nota che un'analisi come quella proposta da Hohfeld, che dà conto del contenuto e della struttura del concetto di diritto soggettivo sulla base dell'uso ordinario, sembra sia stata abbandonata a favore di un tipo di analisi diretto ad identificare quale sia il valore che attraverso la nozione di diritto soggettivo si protegge e che giustifica il riconoscimento di qualcosa come diritto soggettivo. Un esempio di questo secondo tipo di analisi è il dibattito tra la *will theory* e la *interest theory* che identificano il valore fondante della nozione ideale di diritto soggettivo nella protezione di una capacità di decisione e, rispettivamente, nella protezione di un interesse degli individui.

Una tendenza opposta, invece, viene suggerita nella lettura di Joseph Raz, che sostiene che è l'analisi «tradizionale» quella che si concentra su ciò che ho chiamato il concetto ideale. Una posizione «non tradizionale» abbandona questa strada e cerca solo di dar conto del concetto nel suo senso ordinario⁷. La posizione di Raz dà per presupposto che concetti come quelli di diritti umani nel loro senso ordinario siano di fatto correlati ad una pluralità di ideali irreconciliabili fra loro. Ragione per la quale esistono profondi disaccordi su quale di essi offra la migliore giustificazione. Questo pluralismo irriducibile presente nella pratica di uso di concetti di tipo valutativo rende infruttuosa l'analisi intesa come ricerca di un unico valore fondante della pratica. A mio parere certamente non è infruttuoso invece informare sulle caratteristiche dei molteplici ideali correlati ad una determinata pratica. Come non lo è neppure difendere un concetto ideale criticando o esigendo l'abbandono di altri ideali, effettivamente vigenti nella pratica.

⁶ B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-58.

⁷ Cfr. J. Raz, *op. cit.*

2. Sul carattere fondamentale dei diritti umani

Esaurita questa lunga premessa, è opportuno precisare che, in quel che segue, mi concentrerò soltanto su una delle caratteristiche del concetto ordinario di diritti umani. Cosa che, a mio parere, richiede di soffermarsi sul concetto ideale di diritti fondamentali.

Un elemento centrale della nozione di diritti umani, così come viene usata abitualmente, è che se qualcosa è un diritto di questo tipo, allora nei suoi confronti non vale l'argomento che poggia sulla legittimità giuridico-politica dell'autorità⁸. Mi spiego. Le autorità statali, che in quanto tali godono di qualche tipo di legittimità politica e/o giuridica, anche se in certe occasioni agiscono scorrettamente, possono respingere le critiche al loro operato invocando la propria legittimità giuridico-politica. Questa legittimità benché non giustifichi moralmente gli atti dell'autorità, conferisce loro validità giuridico-politica e, in questo senso, li protegge e li immunizza dalle critiche. Ma questa protezione, e la validità di tali atti, vengono travolti nel caso si violino dei diritti umani⁹. Si potrebbe dire che la violazione di un diritto umano è una ragione morale che prevale sulle decisioni delle autorità, anche quando esse siano autorità legittimate ad agire nell'ambito in cui tali decisioni vengono prese.

Quanto detto presuppone che i diritti umani siano certamente diritti soggettivi, ma non sono diritti soggettivi creati mediante l'esercizio di un'autorità, ancorché si tratti di un'autorità moralmente legittima. I diritti umani non solo sono concepiti come gerarchicamente superiori a tutti i diritti «ordinari», contingentemente conferiti da un'autorità, ma sono concettualmente prioritari perché da loro dipende la legittimità morale che ogni autorità pretende. In altre parole, sia che li si consideri o meno parte della nozione di autorità in generale,

⁸ Uso consapevolmente la parola «legittimità» benché in questo caso si dovrebbe parlare di legittimazione. Cfr. al riguardo E. Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Lo faccio perché nell'uso comune, molto frequentemente, «legittimità» si impiega come sinonimo di «legittimazione». Ad esempio quando si parla di «legittimità democratica». Per conservare la distinzione tra legittimazione e legittimità, avrò l'avvertenza di rendere esplicito se sto parlando di legittimità giuridico-politica di un'autorità (vale a dire della sua legittimazione per accettazione diretta o indiretta degli individui nei cui confronti si esercita tale autorità) o della sua legittimità morale, che presuppone che essa rispetti i diritti umani.

⁹ Questo argomento rispecchia la struttura di un argomento proposto da Raz, ma ha un diverso contenuto. Secondo Raz, prendendo in considerazione la pratica dei diritti umani, questi ultimi sono diritti la cui violazione potrebbe giustificare un'azione contro uno stato, di fronte alla quale lo stato non potrebbe opporre come argomento la propria sovranità. Cfr. J. Raz, *op.cit.*, pp. 457-58. In questo senso può darsi che i diritti umani pongano limiti all'azione delle autorità statali e che superino la protezione *esterna* della quale godono in virtù del carattere sovrano dello stato del quale costituiscono un'autorità. Secondo l'argomento che propongo nel testo, i diritti umani pongono limiti all'azione delle autorità statali e superano la protezione *interna* della quale godono in virtù della legittimità giuridico-politica della loro autorità.

sia che, più specificamente, li si consideri come parte della nozione di autorità democratica, la legittimità morale di un'autorità – a differenza della mera legittimazione, o legittimità giuridico-politica – dipende da, o presuppone il rispetto dei diritti umani.

Mettendo da parte quelle posizioni scettiche che ritengono che il concetto stesso di diritti umani sia privo di senso, anche per il positivismo giuridico – che sostiene la tesi della fonte sociale del diritto – una caratteristica essenziale dei diritti umani è che essi non dipendono dalle contingenti autorità costituite di un ordinamento giuridico-politico. I diritti umani sono diritti morali che dipendono, a seconda della teoria morale che si adotti, da necessità, interessi, sentimenti o accordi precedenti all'esistenza di un'autorità giuridica, e che pretendono di limitare l'esercizio di tale autorità. In poche parole, i diritti umani impongono condizioni necessarie sia per l'identificazione di una autorità moralmente legittima, sia per l'esercizio legittimo di tale autorità.

Secondo le differenti analisi del concetto ordinario di diritti umani, in tale concetto si trova implicito il riconoscimento che questi diritti presuppongono un ideale di controllo sostanziale degli atti dell'autorità costituita. Se qualcosa è un diritto umano, allora pretende di costituire un limite normativo e sostanziale alle decisioni delle autorità. Pretende cioè di essere un diritto fondamentale¹⁰. Non tutti i diritti che impongono limiti all'autorità costituita pretendono di essere diritti umani, ma tutti i diritti umani pretendono di essere diritti che impongono limiti normativi all'esercizio dell'autorità. I diritti umani sono diritti superiori – vale a dire diritti che prevalgono in qualunque conflitto sui diritti ordinari, creati direttamente o indirettamente dall'autorità – solo se vengono effettivamente intesi come diritti fondamentali. Questo significa che, nella misura in cui l'ideale di controllo normativo implicito in questi diritti viene frustrato, anche il loro status di diritti fondamentali lo sarà, ed in tal modo verrà meno una delle loro pretese centrali. Le autorità costituite, quando non vedono nei diritti umani un limite all'esercizio delle proprie competenze, stanno disconoscendo la loro pretesa di costituire dei diritti fondamentali. In questo senso, danno vita ad un argomento vincente contro la forza vincolante delle proprie decisioni. Un argomento secondo cui tali decisioni, benché continuino ad essere valide da un punto di vista politico-giuridico, sono prive di legittimità morale¹¹.

A mio parere, questo concetto ideale di diritto fondamentale che è presente nella nozione di diritti umani fa parte di un altro concetto ideale con il quale tale nozione è anche collegata: il concetto sostanziale di «stato costituzionale di diritto», paradigmaticamente associato a quei sistemi giuridici con costi-

¹⁰ Certamente esistono altri modi di intendere la relazione tra diritti umani e diritti fondamentali. Vedi ad esempio E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Novara, Utet-De Agostini, 2008, pp. 4-7.

¹¹ Certamente la decisione potrebbe essere anche giuridicamente invalida, se tali diritti fossero già riconosciuti dal sistema giuridico.

tuzioni democratiche e rigide, nelle quali si riconosce esplicitamente un elenco di diritti fondamentali. Questi sistemi giuridici, attraverso una serie di norme costituzionali, delimitano una sfera di contenuti che rimangono al di fuori della competenza dell'autorità costituita¹². A parere di un autore come Luigi Ferrajoli, questo modello è contingentemente in vigore oggi e, in tale misura, può essere considerato la forma ordinaria in cui il diritto positivo contemporaneo si presenta¹³. Per altri autori, non si tratta solo di un modello che di fatto si è instaurato nella nostra cultura giuridica, ma di ciò che potremmo considerare l'interpretazione corretta o migliore del vecchio ed unitario ideale del *rule of law*¹⁴.

Come è noto, vi sono molteplici teorie che non ammettono questo ideale. Si tratta di teorie che, per diverse ragioni, criticano esplicitamente l'istituzione di limiti sostanziali all'autorità costituita, se essa gode di legittimità democratica. In quel che segue, farò riferimento soltanto a quelle teorie che accettano l'ideale ma che, in modo consapevole o inconsapevole, lo mettono implicitamente in questione quando caratterizzano i diritti che pretendono di costituire un limite all'esercizio dell'autorità. In particolare, quando danno conto di: a) il contenuto dei diritti, b) il peso o la forza che hanno al momento della loro applicazione e c) la struttura delle disposizioni giuridiche che li esprimono. A mio parere queste teorie minano l'ideale molto più di quanto lo facciano quelle teorie che lo criticano in modo esplicito e articolano le ragioni che, nella loro prospettiva, spingono ad abbandonare la pretesa di controllo sostanziale delle autorità legittimate. Nei casi a cui farò riferimento non si mette in dubbio l'esistenza di un insieme di diritti di livello superiore, ai quali si conferisce rango fondamentale o costituzionale: si ammette esplicitamente che l'esistenza di questi diritti sia una caratteristica dei sistemi giuridici contemporanei. In altre parole, secondo questa prospettiva esistono almeno alcuni diritti umani che sono, o per incorporazione tacita o per dichiarazione esplicita, diritti fondamentali all'interno dei sistemi giuridici odierni. In termini strutturali, si sostiene, questi diritti occupano il vertice gerarchico del sistema: sono norme costituzionali. Il problema sorge quando, dopo aver riconosciuto la validità e/o l'appartenenza di questi diritti al sistema, si adotta una concezione delle norme che li esprimono (regole, principi e/o *policies*) tale per cui esse sarebbero incapaci di costituire quei limiti che in teoria dovrebbero costituire. Così, la conclusione a cui necessariamente dobbiamo giungere è che tali diritti non siano ciò che in principio è stato detto che fossero. In tale prospettiva, cioè, benché esistano contenuti etichettati come «diritti umani» o «fondamentali», nessuno di tali contenuti ha le caratteristiche che in ipotesi hanno i diritti

¹² A seconda di come si ricostruiscono i concetti, il rispetto di questi diritti fondamentali o è parte del concetto di autorità democratica, oppure non lo è, ma costituisce una condizione per la giustificazione morale dell'autorità democratica.

¹³ L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I: *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

¹⁴ F. Viola, *Il Rule of Law e il concetto di diritto*, in «Ragion pratica», 30, 2008, pp. 151-68.

umani e quelli fondamentali rispetto all'esercizio dell'autorità costituita. Gli apparenti candidati a svolgere questo ruolo, ossia i contenuti caratterizzati come diritti fondamentali dalla dogmatica, dalla giurisprudenza o dalle stesse fonti del diritto, non solo non sono adatti ad esercitare un controllo normativo genuino o ideale, che sarebbe impossibile; ma non stabiliscono neppure alcun tipo di limite all'azione delle autorità costituite.

In generale, un'idea che gioca un ruolo centrale in queste teorie è quella secondo cui la realizzazione dell'ideale del controllo normativo sia empiricamente impossibile. Come abbiamo visto, ciò è vero e costituisce un dato che dovremmo tenere presente quando si tratta dell'applicazione di un ideale. Il problema è che, avendo a disposizione vie interpretative compatibili con l'ideale e tesi che in qualche senso lo promuovono o lo rafforzano, queste teorie difendono tesi incompatibili con esso e che lo frustrano.

3. Sul contenuto dei diritti

La forma più ovvia e diretta di frustrare l'idea secondo cui un insieme di diritti può limitare le decisioni di un'autorità è quella che si basa sulla tesi dell'indeterminazione radicale del contenuto delle disposizioni che esprimono tali diritti. Farò molto brevemente un riferimento ad essa. Come è noto, secondo questa tesi, i testi non hanno alcun significato prima che l'interprete ne attribuisca loro uno o, in altri termini, i testi hanno una quantità indeterminata di significati ed è solo possibile fissarne uno in relazione ad un caso individuale. Si tratta di un tema ampiamente discusso nella filosofia del linguaggio, in generale, e, in particolare, nella filosofia giuridica. A partire da tale discussione, credo sia possibile prescindere, in questo contesto, dalle concezioni scettiche più pessimiste. Senza negare la possibilità logica della tesi della indeterminazione radicale, se le espressioni che usiamo normalmente non avessero di fatto un significato, vale a dire se non esprimessero un contenuto o un insieme di contenuti in qualche misura determinati, si dovrebbe ammettere che la pretesa dei diritti umani di limitare le decisioni delle autorità sarebbe priva di senso. Tuttavia, in tal caso, bisognerebbe sottolineare che non si potrebbe neppure difendere la tesi contraria, né alcun'altra. Dato che il contenuto del nostro linguaggio sarebbe, di fatto, assolutamente indeterminato, ci troveremmo condannati a non poter esprimere nessuna idea, qualunque essa sia. In questo senso, la difesa dell'indeterminazione radicale dei concetti sembra essere un esempio paradigmatico di contraddizione pragmatica. In altre parole, ciò che si sta facendo, vale a dire difendere la tesi dell'indeterminazione radicale dei concetti, sarebbe una chiara confutazione di ciò che si sta dicendo, vale a dire che ogni concetto è radicalmente indeterminato.

Rifiutare la tesi generale dell'indeterminazione radicale significa ammettere che tanto la possibilità di ascrivere significati differenti ad un testo,

quanto i dubbi sulla portata specifica di tali significati, non sono illimitati. Pur essendovi molteplici tecniche interpretative a disposizione, non qualsiasi contenuto può essere validamente ascritto ad una disposizione sui diritti fondamentali, né qualsiasi caso individuale può essere considerato un caso di applicazione di tali contenuti normativi¹⁵. Se le cose stanno così, allora i problemi interpretativi non possono costituire una base sufficiente per concludere che le norme che conferiscono diritti non possano adempiere alla loro funzione di limite all'autorità. È vero che gli organi dell'applicazione avranno opzioni e dovranno prendere decisioni interpretative, ma tali decisioni, se sono interpretative, sono decisioni tra opzioni non inventate dall'autorità. I limiti alle opzioni ammissibili o valide sono certamente contingenti, ma di fatto esistono. In caso contrario, non potremmo asserire di essere di fronte ad una norma con un contenuto parzialmente determinato. Orbene, una volta rifiutata la tesi generale della indeterminazione radicale dei concetti, ne derivano almeno due conseguenze. In primo luogo, che ogni interprete assume l'impegno epistemico di cercare di stabilire se contingentemente si trovi di fronte ad un'espressione dotata di senso oppure no, e, se del caso, quali siano i significati ammissibili dell'espressione in questione. In secondo luogo, che l'attività interpretativa così intesa conferma la tesi secondo cui l'autorità costituita – benché debba interpretare e *scegliere* un significato tra i molti che la disposizione può avere – è limitata in tale attività dall'insieme di significati che contingentemente l'espressione ha *prima* della decisione dell'autorità, e che questa deve cercare di conoscere. Certamente, sempre che si presupponga che non si tratti di un'espressione senza senso, ossia totalmente indeterminata. Se quanto affermato è corretto, allora le teorie che sostengono che X è un diritto fondamentale, ma che la sua interpretazione da parte delle autorità non coinvolge un'attività epistemica, si contraddicono. Non si possono sostenere entrambe le cose contemporaneamente in modo coerente. Se ammettono che X è un diritto fondamentale rispetto a certe autorità, allora stanno ammettendo che sia un diritto che limita le loro decisioni. E questo comporta ammettere che, nell'interpretare il contenuto di X, devono assumere un impegno epistemico.

In conclusione, ammessa l'implausibilità della tesi generale della indeterminazione radicale dei concetti, si può affermare che le disposizioni che esprimono diritti fondamentali in certa misura limitano le decisioni delle autorità. In altre parole, abbiamo a disposizione una prospettiva che è in grado di dar conto dell'inevitabile discrezionalità interpretativa delle autorità ma che, al contempo, è perfettamente compatibile con un concetto di diritti umani che include l'ideale secondo cui essi sono fondamentali.

¹⁵ Nell'ambito della teoria giuridica italiana, Riccardo Guastini, uno degli autori che con maggior enfasi sostiene una posizione scettica basata sulla equivocità dei testi normativi, ammette la non plausibilità della tesi della indeterminazione radicale. In altre parole, ammette che i testi sono associati almeno ad una *cornice* di significati. Non qualsiasi contenuto può essere considerato un'interpretazione ammissibile o valida dei testi costituzionali.

Un'ultima annotazione relativa al contenuto dei diritti. Ad esempio, che uno specifico diritto possa essere inteso in senso negativo o positivo dipende da come sia effettivamente interpretato il contenuto del diritto in questione¹⁶. Credo che al riguardo è particolarmente utile tener presente la distinzione proposta all'inizio di questo lavoro, e non confondere i sensi «ideali» che possono attribuirsi a un diritto con i sensi «ordinari» che uno specifico diritto ha in una determinata pratica. Per esempio, anche quando l'analisi di un concetto ideale di diritto di proprietà – secondo una concezione morale liberale – lo presenti come un diritto negativo, il senso «ordinario» che nella pratica ha questo diritto include di solito la pretesa di prestazioni positive, come ad esempio la creazione di registri per il controllo e la garanzia della proprietà. Non sembra esservi nessuna ragione di principio per cui questo, o qualsiasi altro diritto, non possa essere inteso con un contenuto più o meno comprensivo. L'importante è non confondere quando stiamo parlando di un concetto ideale o di quello effettivamente vigente in una pratica. Se lo facessimo, potremmo cadere nell'errore di credere che, per esempio, il diritto all'assistenza sanitaria – che, da un punto di vista ideale, può essere considerato un diritto positivo che ricomprende importanti servizi da parte dello stato – sia effettivamente un diritto positivo nel senso ordinario che la pratica gli conferisce. Purtroppo il diritto all'assistenza sanitaria, nel suo senso ordinario, non è un diritto di questo tipo se di fatto, nella concreta pratica d'uso di questo concetto, non ricomprende la possibilità di esigere prestazioni concrete da parte dei suoi titolari.

Se accettiamo questa idea, dobbiamo notare che essa è anche applicabile ad uno degli aspetti più discussi del concetto di diritti umani: la loro titolarità. La risposta alla questione se la titolarità dei diritti umani sia o no universale dipende da come il loro contenuto sia idealmente ricostruito, oppure concepito in una pratica. In altre parole, la questione relativa alla titolarità dei diritti umani potrà esser risolta sempre da due diverse prospettive. La titolarità di un diritto nel suo senso ordinario, come qualsiasi altro aspetto del contenuto di un diritto, dipende dalla contingente e dinamica interpretazione che gli conferisca la pratica. Il fatto che il contenuto di questi diritti sia dinamico significa che essi possono essere intesi in modo diverso in momenti diversi, tanto nel loro senso ideale come in quello ordinario. Ma, il fatto che essi non siano radicalmente indeterminati significa che in qualsiasi occasione specifica in cui si voglia identificare il loro contenuto, non tutte le interpretazioni potranno esser valide o corrette e, di conseguenza, non tutte le istanze individuali di uso del concetto potranno esser considerate ammissibili.

¹⁶ Un diritto è inteso in senso negativo se per il suo soddisfacimento si richiede soltanto un'astensione da parte dei titolari del dovere correlativo. È inteso invece in senso positivo se per il suo soddisfacimento si richiede anche un intervento attivo da parte dei titolari del dovere correlativo.

4. Sulla forza o peso dei diritti

Esiste un altro modo in cui certe posizioni frustrano l'ideale di controllo normativo che soggiace al concetto di diritti umani e alla loro pretesa di delimitare un nucleo di contenuti indisponibili per qualunque autorità. In questo caso, ancora una volta, si ammette che alcuni di tali diritti – più precisamente quelli riconosciuti dalla costituzione di uno stato – hanno carattere fondamentale. Questa ammissione, tuttavia, si coniuga con specifiche tesi attorno alla forza o peso di questi diritti che ci costringono ad ammettere che essi non possono costituire alcun tipo di limite.

Questa posizione non mette in dubbio che i diritti fondamentali siano il contenuto di norme e che, di conseguenza, siano almeno parzialmente determinati. La tesi che sostiene è la seguente: in virtù del carattere ultimo della fonte costituzionale che contiene queste norme, esse si trovano in una posizione di parità gerarchica e non ci sono dei criteri per risolvere i conflitti che possono darsi tra norme di questo livello. I conflitti certamente si presenteranno in modo inevitabile, dato che i diritti di cui stiamo parlando sono molteplici e, a dire il vero, i conflitti si darebbero egualmente anche se vi fosse un unico diritto, perché ogni diritto ha differenti letture possibili, *potenzialmente* confliggenti tra loro. Orbene, secondo la posizione che sto prendendo in considerazione, quando si presenta un conflitto a questo livello sono le stesse autorità costituite (per esempio il parlamento o la corte costituzionale) quelle che determinano quale diritto prevalga. Come si può vedere, si parte dal riconoscimento di un genuino conflitto tra norme valide dello stesso rango, ma soprattutto della più elevata gerarchia nella struttura del sistema giuridico. Il problema sta nel fatto che, secondo questa posizione, in caso di conflitto non vi sono criteri che impongano all'autorità costituita il dovere di ordinare tali norme in un modo o nell'altro. Per tale ragione necessariamente queste autorità dovranno decidere esercitando una discrezionalità forte e istituendo loro stesse delle gerarchie tra le norme coinvolte. Gerarchie che saranno inevitabilmente mobili o instabili¹⁷.

Rispetto a questa proposta voglio solo segnalare due aspetti che a mio parere la rendono poco convincente. In primo luogo, non è chiaro quale sia la base della tesi dell'inesistenza di criteri che pretendono di risolvere i conflitti tra le norme che emergono dalla stessa fonte ultima o costituzionale. Tale tesi sembra essere collegata all'idea, non molto plausibile, secondo cui il diritto si riduce ad una serie di testi espliciti: se questi testi non prevedono criteri per risolvere i conflitti, allora tali criteri non esistono. In secondo luogo, la tesi secondo cui la forza variabile dei diritti fondamentali dipende dalle autorità costituite contraddice le premesse che, in linea teorica, la medesima posizione assume, vale a dire nega il fatto che stiamo di fronte a norme di pari livello, e che tale livello

¹⁷ Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

sia il più alto del sistema: superiore a quello di qualunque autorità costituita dal sistema stesso. Questa posizione moltiplica i tipi di gerarchie tra le norme che contengono i diritti fondamentali, distinguendo la loro parità gerarchica formale – in virtù della comune fonte dalla quale provengono – dalla loro variabile gerarchia assiologica – in virtù della forza o valore pratico che tali norme hanno al momento di essere applicate. La strategia di moltiplicare le gerarchie – ammettendo che i principi costituzionali abbiano una superiorità formale rispetto alle autorità costituite del sistema, ma dal punto di vista pratico dipendano da tali autorità (cioè dal legislatore ordinario, o dai giudici che devono applicarli) – equivale a sostenere che tali norme costituiscano limiti di carta. Letteralmente: sono i testi scritti sulla carta quelli che hanno una superiorità gerarchica (formale), ma il peso delle norme che loro esprimono e assieme ad esso i limiti che tali norme stabiliscono dipendono dalle decisioni discrezionali di quelle autorità che dovrebbero da esse essere limitate¹⁸.

La tesi secondo cui, dal punto di vista assiologico, la posizione gerarchica dei diritti fondamentali dipende dalle autorità costituite nega che tali diritti possano essere effettivamente fondamentali. In poche parole, toglie significato alla pretesa centrale connessa alla nozione di diritti umani: la pretesa di limitare le decisioni delle autorità. Questa conclusione potrebbe sembrare una ragione sufficiente per giudicare implausibile, e abbandonare, le teorie cui stiamo facendo riferimento. Tuttavia tali teorie suggeriscono che non abbiamo a disposizione questa alternativa. La tesi secondo cui la posizione gerarchica dei diritti fondamentali, dal punto di vista assiologico, dipende dalle autorità costituite viene presentata come una conclusione inevitabile o necessaria, visto che non vi è un'ordinazione gerarchica preesistente. Se essa è incompatibile con la pretesa o l'ideale secondo cui certi diritti limitano la competenza delle autorità, ciò che deve essere messo in questione è questo ideale. In effetti, se non vi sono criteri di risoluzione dei conflitti, necessariamente la forza di questi diritti è variabile, cosa che a mio parere non costituisce un dato problematico. Il problema è che, in modo egualmente necessario, secondo questa posizione tale forza dipende dalle autorità che questi diritti pretendono di limitare.

Orbene, non vedo perché dovremmo accettare questa presentazione.

In primo luogo, l'inevitabile valutazione che le autorità devono svolgere quando applicano diritti fondamentali, e il fatto che circostanze empiriche diverse richiedano risposte diverse, non prova che tali norme siano ordinate un giorno in un modo, e un altro in modo differente. Per esempio, che in una occasione si decida di dare prevalenza al diritto all'intimità di una persona rispetto al diritto di un'altra a pubblicare in un rotocalco fotografie di artisti famosi, mentre in altre occasioni si decida di far cedere il diritto all'intimità di un componente

¹⁸ Cfr. B. Celano, *Defeasibility e bilanciamento*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 223-39; R. Guastini, *op. cit.*

del governo, perché è il solo modo di far emergere informazioni rilevanti per i cittadini, prova soltanto che siamo di fronte a due situazioni di fatto differenti, e non che i diritti in gioco abbiano una superiorità assiologica diversa in una situazione e nell'altra. Le norme sono applicate a casi differenti e danno luogo a conclusioni differenti. Ma ciò non permette di concludere che, accanto alla superiorità gerarchica che questi diritti hanno (e che è un loro tratto definitorio, dato che sono diritti umani, o comunque sia riconosciuti come fondamentali dalla costituzione), si possa individuare una gerarchia pratica indipendente che, in contraddizione con la prima, verrà stabilita dalle autorità le cui decisioni tali diritti dovrebbero limitare¹⁹.

In secondo luogo, si deve osservare che ammettere il carattere dinamico del contenuto e del peso, o gerarchia assiologica, dei diritti fondamentali non è per se stesso un dato problematico. Il carattere mobile dei diritti non è in contrasto con l'ideale secondo cui essi controllano le decisioni delle autorità costituite. Il problema è costituito dalla tesi secondo cui la gerarchia assiologica sta nelle mani delle autorità costituite. Questa conclusione non è necessaria e certamente non deriva dal carattere variabile dei contenuti e della gerarchia assiologica dei diritti. Le cose stanno così perché sarebbe perfettamente possibile ammettere che la specifica forza di un diritto e la sua superiorità rispetto ad un altro cambino nel tempo, senza dover ammettere un'interpretazione che contrasti con la loro pretesa di controllare le decisioni di coloro che li applicano: ad esempio, sostenendo che la variabilità di questi diritti dipende dal modo in cui una società li concepisce²⁰. In questo caso la gerarchia assiologica dei diritti è nelle mani della società e non delle autorità costituite.

Anche ammettendo che non sia del tutto realizzabile la pretesa che i diritti fondamentali svolgano un controllo normativo, ciò non implica che la forza o peso delle norme che esprimono diritti fondamentali dipendano dalle autorità che essi intendono controllare. Questo dipende dai presupposti teorici che assumiamo. Per esempio, una teoria che ammetta la possibilità di identificare contenuti impliciti nel diritto – ossia che non riduca il diritto oggettivo ad un mero insieme di testi – potrebbe ammettere perfettamente la possibilità di identificare criteri generali impliciti che consentano di ordinare i diritti quando entrano in conflitto. Ciò è sufficiente per mostrare che l'affermazione secondo cui «non vi

¹⁹ Non pretendo di sostenere qui che tutti i diritti siano *ex ante* ordinati gerarchicamente seguendo criteri impliciti nel sistema. Voglio solo dire che, in ogni caso, anche in quelli di genuina parità o incommensurabilità, la gerarchia dei diritti non può dipendere dal modo in cui contingentemente essa viene decisa dalle autorità nei casi concreti.

²⁰ Questo presuppone che l'idea secondo cui il comportamento di un agente è governato da una norma esige la distinzione fra creazione e applicazione di norme. La determinazione dell'identità e della forza della norma che controlla l'atto di un agente non può dipendere dall'agente che la applica. L'ideale espresso nella massima *non sub homine sed sub lege* implica questa idea, o, cosa che è lo stesso, è in contraddizione con la tesi che afferma che il contenuto o la forza pratica delle leggi sono nelle mani di chi le interpreta o le applica.

sono criteri che determinino la gerarchia assiologica dei diritti fondamentali» non è una mera affermazione fattuale ma una tesi interpretativa che dipende da forti presupposti teorici. Presupposti teorici che sono incompatibili con l'ideale secondo cui vi sono certi diritti che hanno carattere fondamentale²¹.

In conclusione, il carattere variabile della forza dei diritti non implica che questa forza dipenda dalle autorità costituite. Quest'ultima è una tesi teorica indipendente. Ciò che mi interessa sottolineare qui è che tale tesi è incompatibile con l'ideale di controllo delle decisioni delle autorità che i concetti di diritti umani e di diritti fondamentali incorporano. Se abbiamo ammesso l'ideale dei diritti umani come diritti fondamentali, ed abbiamo inoltre riconosciuto che la pretesa di controllo è un elemento centrale del concetto – sia ideale sia ordinario – di diritto fondamentale, tale tesi dovrebbe essere abbandonata o quanto meno criticata. In altre parole, se accettiamo che certi diritti possano concepirsi come fondamentali, dobbiamo riconoscere che non abbia senso dire che la loro gerarchia assiologica dipenda dalle autorità costituite. Al contrario, se accettiamo l'idea che la gerarchia assiologica dei diritti dipende dalle autorità costituite dobbiamo riconoscere che sia priva di senso la tesi secondo cui certi diritti possano concepirsi come fondamentali.

5. La struttura delle disposizioni che esprimono diritti

Farò qui riferimento ad una terza tesi attraverso la quale si frustra l'ideale di controllo incorporato nei concetti di diritti umani e di diritti fondamentali. Tale tesi, benché non sia una conseguenza logica dell'idea dell'indeterminazione radicale del contenuto di questi diritti, e neppure di quella che distingue la loro – sovraordinata – posizione gerarchica formale, dalla loro – discrezionale – posizione gerarchica assiologica, è senz'altro il modo più adeguato per esprimere queste idee in termini logici. Secondo questa tesi, le disposizioni costituzionali devono essere intese come condizionali defettibili: enunciati il cui antecedente non stabilisce condizioni sufficienti per qualsiasi circostanza, ma solo per circostanze normali. Le disposizioni in questione esprimono norme aperte, giacché è impossibile prevedere tutte le circostanze eccezionali che potrebbero presentarsi o, il che è lo stesso, non vi è modo di stabilire prima di ogni caso di applicazione

²¹ L'ideale secondo cui le decisioni delle autorità sono governate da norme non implica che vi siano sempre criteri per ordinare i diritti. In ogni caso, quando di fatto non fosse possibile trovare criteri per ordinarli, la conclusione dovrebbe essere per l'appunto quella secondo cui non c'è una gerarchia stabilita, e le autorità sono soggette a due o più esigenze: dovranno cioè cercare di soddisfare più di una norma. Il ragionamento per cui se non c'è un ordinamento gerarchico tra due o più diritti, allora essi hanno l'ordinamento gerarchico che l'autorità di applicazione conferisce loro, è chiaramente un *non sequitur*.

l'insieme *completo* delle condizioni che permetterebbero di ottenere una conclusione normativa.

In questa interpretazione, formulazioni di diritti fondamentali come quelle che esigono il rispetto della libertà di espressione o della dignità delle persone devono essere intese come se dicessero per esempio: «*prima facie* ogni persona ha il diritto di esprimersi liberamente», «*prima facie* ogni persona deve essere trattata con eguale considerazione e rispetto». Così intese, le disposizioni che stabiliscono questi diritti non determinano nessun dovere attuale.

Secondo tale lettura, è possibile che le disposizioni costituzionali esprimano norme in un qualche senso di questo termine, ma certamente non esprimono norme «genuine», dato che non soddisfano un requisito centrale dell'ideale implicito in questo concetto, secondo il quale una norma è qualcosa che permette di ottenere *ex ante* delle conseguenze normative. Se i diritti umani e fondamentali sono il contenuto di condizionali defettibili, allora né controllano né limitano alcuna decisione. Non vi è nessuna conclusione deontica attuale che possiamo da loro ricavare.

Questa è la forma in cui si deve rappresentare la struttura dei diritti, ad esempio quando si assume una concezione particolarista degli stessi. Ossia una concezione secondo cui la possibilità di rivedere costantemente il contenuto dei diritti si coniughi con la tesi per cui tale revisione non si fa in applicazione di criteri preesistenti, che determinano i limiti entro i quali tali revisioni sono ammissibili. Come abbiamo visto, l'aspetto problematico di questa concezione, che contraddice l'ideale di controllo normativo concettualmente presupposto nei diritti fondamentali, non è certo costituito dal loro carattere dinamico, ma dal carattere meramente circostanziale che si attribuisce alla revisione, in virtù del quale non esiste *ex ante* una cornice delimitata di contenuti che determinino le conseguenze normative che si possono ottenere.

Una spiegazione alternativa, compatibile con l'ideale di controllo sostanziale che questi diritti incorporano, sostiene che le formulazioni che li esprimono sono norme genuine; vale a dire, anche quando i loro antecedenti indichino solo condizioni contribuenti per ottenere una conseguenza normativa, esse sono in ultima istanza traducibili in condizionali universalizzati, stretti, con caratteristiche formali tali che, necessariamente, se si verificano le circostanze previste come condizioni nell'antecedente, si possono derivare le conseguenze normative previste nel conseguente. L'idea secondo cui le disposizioni normative non sono condizionali defettibili si può esprimere in diversi modi²² e presuppone di poter

²² Per esempio, si può sostenere che questo tipo di clausole costituzionali stabiliscano doveri categorici (J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Id., *Conflicti fra diritti costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 201-21), o doveri condizionali il cui antecedente è una tautologia (C. Alchourrón, *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, in «Studia Logica», 57, 1996, pp. 5-18).

contare su dei criteri generali che permettono di identificare i limiti della revisione normativa all'interno di un sistema di norme. Questi criteri sono le ragioni in virtù delle quali un contenuto può o no essere ammesso come parte di tale sistema²³.

Certamente, quando si interpretano disposizioni che stabiliscono diritti come condizionali stretti, non stiamo sostenendo necessariamente che esse permettano di determinare *ex ante* una conseguenza deontica per tutti i casi individuali possibili. Le norme stabiliscono delle conseguenze normative solo in relazione ad una delimitata classe di casi. Non stiamo neppure dicendo che a partire dalle disposizioni così intese si possa ottenere un'unica risposta corretta. In altre parole, è possibile che tutti i casi individuali compresi nell'ambito di applicazione di una norma abbiano più di una risposta corretta. Interpretare le disposizioni normative in questo modo significa riconoscere la pretesa strutturale di universalità che hanno i diritti che esse esprimono. Significa cioè conferire loro una struttura coerente con l'ideale secondo cui, dato lo specifico e contingente contenuto di un diritto, in ogni circostanza in cui si verifichino le condizioni per la sua applicazione, tale contenuto determina una conseguenza deontica.

In questa prospettiva, la giustificazione, il contenuto e l'efficacia dei diritti possono essere contingenti e variabili, ma non può esserlo il loro carattere di norma universale: il fatto che determinino conseguenze normative ogniqualvolta si verifichino le loro condizioni di applicazione²⁴. Sostenere che le disposizioni che esprimono diritti fondamentali costituiscano condizionali stretti né presuppone né implica che l'ideale di controllo sia perfettamente realizzabile. Ma, senza dubbio alcuno, è una tesi compatibile con tale ideale e contribuisce in qualche modo ad esprimerlo.

Si potrebbe ipotizzare che il dibattito sulla struttura logica delle disposizioni normative sia frutto di un interesse meramente formale, e che privilegiare l'una o l'altra struttura (in particolare affermare che tali disposizioni sono condizionali defettibili o invece stretti) non ha in realtà alcuna ripercussione rispetto a ciò che rientra nella competenza delle autorità, o rispetto ai diritti

²³ Cfr. M.C. Redondo, *El ideal de las decisiones basadas en normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 99-118.

²⁴ Questa lettura universalista delle disposizioni che esprimono diritti soggettivi è una tesi relativa alla struttura dei diritti ed è certamente neutrale rispetto al modo di intendere e delimitare il contenuto di tali diritti. In particolare, ad esempio, non c'è ragione per cui debba prendere posizione nel dibattito tra i difensori della *will theory* e quelli della *interest theory*. Non è invece neutrale rispetto alla concezione dinamica o statica di tali diritti. Il contenuto dei diritti soggettivi è eminentemente dinamico, anche quando si tratti di diritti soggettivi stabiliti da un sistema giuridico positivo. Ma certamente una teoria universalista del diritto in senso oggettivo non sostiene che il carattere dinamico dei diritti soggettivi espressi dalle norme del sistema implichi l'assenza di criteri che delimitino il sistema. Al contrario, presuppone che tali criteri esistano e siano quelli che guidano e limitano la permanente revisione del contenuto attribuibile a tali diritti.

che gli individui realmente detengono. In effetti, le cose potrebbero stare così. Il riconoscimento del carattere indefettibile delle norme che conferiscono diritti può perdere qualunque tipo di conseguenza pratica a seconda di quali siano le tesi che vengono contemporaneamente sostenute. Per esempio, dire che la struttura logica dei principi costituzionali è quella di un condizionale stretto che permette di ottenere delle conseguenze deontiche è una tesi che resta totalmente priva di impatto pratico se insieme ad essa si sostiene che il contenuto preciso delle condizioni di applicazione o delle conseguenze deontiche stabilite, o il peso di tali principi dipendono dalle autorità, che li stabiliscono in ogni caso particolare.

Occorre tuttavia sottolineare che la discussione sulla struttura delle disposizioni che esprimono diritti non è necessariamente una discussione solo teorica, carente di implicazioni pratiche. Non si può considerare banale la differenza tra una ricostruzione secondo cui, a partire dalle norme che stabiliscono diritti, possiamo inferire certe conseguenze deontiche e un'altra secondo cui dobbiamo riconoscere che questo non sia possibile. Allo stesso tempo, è difficile sostenere che non abbia rilevanza pratica il fatto che in un caso si possa sostenere che le autorità abbiano effettivamente un dovere, mentre nell'altro si debba ammettere che abbiano solo un dovere *prima facie* o apparente. Gli impegni pratici che assumiamo a partire dall'una o dall'altra caratterizzazione sono notevolmente differenti.

Prendiamo come esempio il caso, già tante volte discusso, nel quale si deve decidere se sia o no permessa una trasmissione televisiva, o la pubblicazione di un articolo, che, in ipotesi, leda l'onore di qualcuno. I risultati che derivano dall'applicare l'una o l'altra prospettiva sono ben diversi. Qui, chiaramente, sono in gioco due norme costituzionali che proteggono rispettivamente la libertà di espressione e il diritto all'onore. Secondo la concezione *prima facie* delle norme costituzionali, sarà l'autorità costituita (la cui decisione i diritti fondamentali intendono limitare) che dovrà determinare nel caso individuale chi abbia un diritto e che diritto abbia. Se la necessità di proteggere l'onore introduce un'eccezione al diritto *prima facie* alla libertà di espressione, la conclusione sarà che in questo caso non esiste un diritto ad esprimere l'opinione in questione. Al contrario, se la necessità di difendere la libertà di espressione è quella che stabilisce un'eccezione al diritto *prima facie* all'onore, la conclusione sarà che in questo caso non esiste un diritto alla protezione dell'onore.

Secondo la ricostruzione universalista o stretta delle disposizioni che esprimono diritti, invece, non v'è dubbio che esse stabiliscano *ex ante* due diritti distinti. Da ciò derivano alcune conseguenze. In primo luogo, le autorità costituite hanno il dovere di applicare entrambi i diritti, e mancano al loro dovere se non lo fanno. In secondo luogo, il fatto che in una specifica occasione i due diritti non possano soddisfarsi contemporaneamente è una circostanza empirica, e non normativa, e come tale dovrà essere dimostrata con i mezzi che il diritto stabilisce per la prova dei fatti. In terzo luogo, se si dimostrasse che di fatto non si

possono soddisfare insieme entrambi i diritti, le autorità dovrebbero giustificare se sia necessario sacrificare solo uno di essi, o se invece sia necessario sacrificare entrambi, in quale misura, e quale debba essere la riparazione o compensazione per il loro sacrificio.

Com'è noto, esiste un'abbondante e sofisticata letteratura che, sulla base di molteplici ragioni, esplicitamente difende l'opportunità di lasciare da parte l'ideale dei diritti fondamentali che controllino sostanzialmente le decisioni delle autorità. Queste teorie sostengono apertamente che la concezione sostanziale del *rule of law* deve essere rifiutata a favore di una concezione più debole, che non pretenda di limitare il contenuto delle norme delle autorità costituite. Di fatto, queste sono le teorie che possono coerentemente invocare la tesi secondo cui le norme costituzionali sono o condizionali defettibili, o condizionali stretti ma con contenuti e/o rilevanza pratica indeterminati. La cosa paradossale è che queste tesi siano sostenute da teorie che, per ragioni morali o d'altro tipo, accettano la validità o l'esistenza giuridica di diritti fondamentali. Se accettiamo che, in virtù del loro carattere fondamentale, questi diritti pretendano di stabilire limiti alle autorità, allora non possiamo conferire loro – avendo a disposizione interpretazioni alternative – la struttura dei condizionali defettibili.

6. Conclusione

Nelle pagine precedenti ho analizzato un unico aspetto del concetto ordinario di diritti umani. In accordo con esso, i diritti umani pretendono di essere fondamentali. Pretendono cioè di esercitare un controllo normativo sostanziale sulle decisioni delle autorità. Se questa analisi è corretta, quando parliamo di diritti di questo tipo parliamo di norme universali, non defettibili, con contenuti e peso relativamente determinati e, soprattutto, che non dipendono dalle autorità che pretendono di controllare. A mio avviso, questa interpretazione è l'unica alternativa coerente con l'ideale di controllo normativo, concettualmente presupposto nell'uso ordinario della locuzione «diritti umani».

In generale, se accettiamo che le costituzioni odierne effettivamente contengano, o debbano contenere, principi o direttrici che pretendono di limitare normativamente il contenuto delle leggi o di altri atti delle autorità costituite, non possiamo accettare contemporaneamente la tesi secondo cui tali principi o direttrici siano incapaci di determinare *ex ante* delle conseguenze deontiche, sia che questa tesi venga espressa in termini logici (attraverso l'idea che le disposizioni normative siano condizionali defettibili), o in termini semantici o interpretativi (attraverso l'idea che i contenuti di queste disposizioni siano aperti, contraddittori o meramente indeterminati), o in termini di rilevanza pratica (attraverso l'idea che, nonostante la loro eguale gerarchia formale, la gerarchia assiologica delle norme che esprimono diritti dipende dalle decisioni delle autorità costituite).

Le posizioni che non accettino questa conclusione – supponendo che non siano semplicemente incoerenti – sono in debito di una spiegazione di cosa significhi la nozione di diritti umani e di diritti fondamentali che utilizzano. Se non ha senso sostenere che i diritti umani sono diritti che pretendono di determinare *ex ante* una conclusione normativa (visto che ciò presuppone un concetto di ragionamento universalista che sarebbe malformato e implausibile); se è anche assurdo sostenere che sono diritti che pretendono di imporre dei limiti alle autorità (visto che il loro contenuto e la loro forza sono indeterminati e dipendono irrimediabilmente da tali autorità); insomma, se quando riconosciamo diritti umani non stiamo riconoscendo niente di tutto questo, allora: che stiamo riconoscendo?