

Saggio Introduttivo

Diritti, diritto, Stato: l'utopica ucronia dei diritti umani

«I cosiddetti *diritti dell'uomo*, *i droits de l'homme*, come distinti dai *droits du citoyen* non sono altro che i diritti del *membro della società civile*, cioè dell'uomo egoista, dell'uomo separato dall'uomo e dalla comunità» (K. MARX, *Zur Judenfrage*).

Le tematiche incentrate sulla sopravvivenza, nel mondo attuale, dello Stato, inteso come istituzione socio-politica giuridicamente organizzata dotata di sovranità, costituiscono l'occasione di riflessione che accomuna tutti gli scritti raccolti in questo libro, in cui predomina senz'altro il particolare confronto con delle analisi frutto delle dottrine sviluppate sul tema da giuristi che non ci sono contemporanei e che, anzi, appartengono ormai al novero dei classici tra i giuristi pubblicisti del primo Novecento. È ovvio che ciò corrisponde a una scelta precisa, scaturita dall'idea che il confronto con alcuni temi e autori appartenenti a quel periodo non possa che essere di aiuto nella comprensione del presente, considerato che, in buona sostanza, l'attuale crisi dello Stato non è troppo dissimile, nella sua origine, da quella che investì lo Stato liberale e ancora la contiene al suo interno. È, dunque, questo il quadro, in cui cercano un senso i dialoghi instaurati in queste pagine con certi particolari autori, ma insieme anche le contaminazioni del tema principale con questioni specifiche, *in primis* quella dei diritti, particolarmente sentita nell'oggi. Va detto, tuttavia, che, affrontando quest'ultima specifica questione, l'intento è fortemente quello di affermare l'in-

dissolubilità del legame che connette diritti e Stato. Questo punto di vista può anche non essere apprezzato, ma, certamente, almeno spiega la scelta di confrontarsi con la dottrina di Jellinek, nonché l'intento di venire a capo della complessità kelseniana.

Riguardo al tema dei diritti, a fronte dell'esistenza di due principali approcci speculativi alla questione, quello che, in senso lato, possiamo definire «filosofico» – orientato a delineare l'assiologica consistenza o inconsistenza di questi stessi diritti –, e quello cui diamo senz'altro l'appellativo di «giuridico» – che riguarda, parlando in generale, la validità, la *Geltung*, e, quindi, l'esistenza stessa di questi diritti –, non ci si può esimere dall'adottarli entrambi, essendo, di fatto, il tema perfettamente bifronte. Nel merito specifico del primo tipo di analisi, può essere utile trattare i diritti individuandone l'inquadramento entro la più ampia e fondativa tematica della temporalità giuridica, mentre la seconda deve consistere necessariamente nella tematizzazione (in apparenza, ridondante) del nesso diritti/diritto e nella relativa sua contestualizzazione statualistica.

Il motivo fondamentale, anche se poco appariscente, che spinge ad approfondire la comprensione del tema riguardante la temporalità giuridica, consiste nel fatto che questo tipo di analisi – ultima rimasta di innumerevoli altre tematiche gius-filosofiche classiche ormai obsolete – offre la possibilità di un'indagine attuale sul «valore». Naturalmente, non possiamo negare che, pur correndo il rischio di una via nuova al tema del «valore del (o nel) diritto», conserviamo con nostalgia la eco delle innumerevoli belle pagine degli autori che sono per definizione i teorici della «filosofia dei valori» e, tra questi, in particolare, di Wilhelm Windelband¹. Cosicché, se si ha la presunzione di dire qualcosa di nuovo sul tema in questione, di gettare un ponte sul futuro, già l'esordio contraddice l'intento, assicurandosi la garanzia di un nobile passato.

¹ «E, dunque, la ricerca storica, a differenza della scienza naturale, consegue la caratteristica scientifica di una conoscenza universalmente valida mediante la nostra considerazione della storia come realizzazione progressiva dei valori della ragione e come processo della cultura, dove dal groviglio degli umani interessi e passioni prorompe alla consapevolezza e alla realizzazione il contenuto di valore universalmente valido della vita spirituale. In questo senso, la comprensione della scienza storica, comprensione che viene costituita a compito dalla universale condizione scientifica, richiede una teoria critica dei valori culturali» (W. WINDELBAND, *Über die gegenwärtige Lage und Aufgabe der Philosophie* (1907), in ID., *Präludiven. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1924², 2. Band, pp. 1-23, citaz. pp. 20-21).

Quando parliamo di «valore» del diritto, intendiamo, in un certo senso ingenuamente, evocare la questione che fu propria del giusnaturalismo – connessione non priva di risonanze proprio riguardo al tema dei diritti umani –, ma in uno spirito nuovo: in tal modo, facciamo nostra quella generale esigenza a proiettare il diritto positivo oltre sé stesso, senza raccogliere, però, i temi classici della tradizione giusnaturalistica, che sfuggono oramai al tempo presente, sofisticato e semplificato insieme. Non intendiamo, quindi, richiamare alla mente la cosiddetta questione del fondamento. E, tuttavia, è pur vero che considerare filosoficamente il tempo consiste proprio nella ricerca del fondamento ontologico: allo stesso modo, la riflessione filosofica coniuga il diritto con la temporalità nel difficile tentativo di oltrepassare ogni relativismo, anche quello della storia. È proprio questo che ci trova in disaccordo. Il valore del diritto non può prescindere dalla contingenza e neppure può essere inteso come assoluto. Tuttavia, il binomio tempo-diritto riveste un interesse non marginale anche entro un'analisi «secolarizzata»² dello scopo degli ordinamenti: nella nostra intenzione, anzi, serve proprio da occasione teorica per allargare l'analisi del diritto positivo ad una serie di prospettive che ne integrino la chiarificazione e la collocazione. E il banco di prova di un'indagine integrata della storicità e della universalità/generalità del diritto è proprio il tema dei diritti.

Diciamo, innanzitutto, che la scansione temporale in passato/presente/futuro possiede una valenza interpretativa del diritto vigente, il presente del diritto, intendendolo come «passato della volontà» e come «futuro» certo – quello della sua applicazione –, esistente in germe già nel passato. Questa, però, è la concezione ingenua del tempo, del diritto, del tempo giuridico. Invece, nell'ambito del mondo culturale, il tempo «passato» ha un solo nome possibile: è storia. Il tempo-spazio, ossia il tempo misurabile, non è sufficiente a delineare il percorso incommensurabile di quelle scelte legislative depositate in norme che investe la civiltà di una comunità. Una visione del diritto che si fermi a una sua interpretazione per il tramite della consueta e banale tridimensionalità temporale non riesce ad uscire dal sostanziale appiattimento su una soltanto delle forme temporali, quella

² Cfr. H. Kelsen, *Gott und Staat*, «Logos», XI (1922/1923), pp. 261-84, ora in H. Klecatsky-R. Marcic-H. Schambeck (hrsg. v.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien-Frankfurt-Zürich, Europa, 1968 (trad. it.: *Dio e Stato*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988, pp. 137-164).

del passato. In ciò, la peculiarità del tempo «giuridico» viene totalmente dispersa nell'univocità e, purtuttavia, questo passato non può dirsi ancora «storia» in senso stretto, mancandogli, perché si faccia tale, sia la progettualità, sia la contaminazione con i fatti del mondo.

Insomma, la norma voluta dal legislatore non ha sufficiente autonomia di presente, né un'effettiva prospettiva di futuro, tali da rendere il diritto dimensione vissuta dell'esistenza. E, del resto, esso, da solo, non è storia: lo è insieme con la politica, l'economia, la morale, il costume. Questo è evidente proprio all'interno della tematica dei diritti, che, qualora vogliano essere annessi al novero dello *ius*, devono al contempo palesare l'intima e genetica loro valenza assiologica (dove, per «assiologia», va inteso lo spessore politico, economico, morale, etico, di un certo dato). È necessario, così, affrontare la questione, uscendo dagli schemi consueti, «sospendendo» la visione usuale di un diritto temporalmente banalizzato. Su questa strada, quale dimensione propria del diritto, incontriamo il concetto di tempo «astratto» e, legata a esso, la possibilità del progetto, del valore.

L'astrattezza, intesa – in un significato positivo – come connotazione temporale specifica del diritto, è frutto dell'indagine fenomenologica di Gerhart Husserl. «Il diritto ha un tempo *astratto*. Esso, attraverso questo suo essere temporale, viene estrapolato dalla realtà mondana, che fluisce dall'oggi allo ieri e in un domani. L'esserci del diritto ha dei limiti temporali. Nessun diritto vale in eterno. Ma, quando guardiamo all'essere temporale, alla struttura temporale essenziale del diritto proprio all'esserci, comprendiamo che il diritto non è verso una fine. La sua validità è una validità una volta per tutte. Il diritto è da sé stesso un fine. Esso ha un futuro, cui, evolvendosi, si adatta. Nulla vuol sapere dell'essere nel forse del mondo, cui le sue norme si contrappongono dispoticamente»³. Sì, è proprio così, il diritto è da sé stesso un fine o, come questo autore dice meglio altrove: «esso non è per la fine, piuttosto vuole essere da sé stesso un fine (*finis, τέλος*)»⁴, dove l'evocazione della volontà sottolinea nel giusto modo la valenza progettuale del fenomeno giuridico. È proprio la componente assiologica

³ G. HUSSERL, *Recht und Welt*, in ID., *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1964, pp. 67-114 (citaz. p. 79). Questo scritto apparve originariamente nel *Festschrift für Edmund Husserl*, Halle a. d. S., Max Niemeyer, 1929.

⁴ ID., *Die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung*, «Zeitschrift für Rechtsphilosophie», 5 (1930/31), pp. 153-184 (citaz. p. 157).

del diritto – e, quindi, degli ordinamenti, della *Normierung*, del giudicare, momenti diversi intesi come manifestazioni propriamente giuridiche – il risultato prioritario di questa analisi del tempo giuridico: essa, paradossalmente, scaturisce più chiaramente proprio mediante l'uso di questa nozione di «tempo astratto», nonostante esso sembri essere l'esatto opposto di ciò che è storia, progetto, valore. Questo accade perché, come abbiamo appena letto, se è vero che «nessun diritto vale in eterno», è vero anche che «la sua validità è una volta per tutte», cosicché la temporalità propria al diritto, individuata come «tempo astratto», è in grado di estraniarsi «dall'essere nel forse del mondo». Questa interpretazione non identifica nell'astrattezza la lontananza dalla realtà⁵, in quanto è frutto di un'analisi dell'oggetto – in questo caso, il diritto – esemplata sull'epistemologia desunta dalla fenomenologia husserliana, la cui forza sta proprio nel percorrere una via di conoscenza che giunga all'essenza delle cose attraverso un cammino di arricchimento e non di impoverimento, cosicché le «cose stesse» si raccolgono in «idee» ed essenze, rappresentative della realtà, la cui generalità, tuttavia, non è denotativa di un'opzione in favore di un vuoto formalismo⁶. Anzi, bisogna ricordare che uno dei tipi di formalismo giuridico, il normativismo kelseniano, che pure ha inizio (anche) da un'ispirazione di tipo fenomenologico – ricerca della purezza, allontanamento da psicologismi e sociologismi, suggestioni di tipo logico –, proprio in quanto male intese il progetto fenomenologico husserliano di purificazione della conoscenza – sostanzialmente antiformalistico – finì per approdare ad una molteplicità di contraddizioni⁷.

⁵ Il riferimento è alla fenomenologia di Edmund Husserl, padre di Gerhart, della quale quest'ultimo si può considerare un seguace. Riguardo alle opere di Edmund, rimanderei fondamentalmente a E. HUSSERL, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. I. Buch. Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie* (1913), hrsg. v. K. Schuhmann, Den Haag, Nijhoff, 1976 (trad. it. a cura di E. Filippini: *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica. Libro I. Introduzione generale alla fenomenologia pura*, Torino, Einaudi, 1976).

⁶ Questo vale in modo particolare proprio riguardo al diritto, oggetto cui diversi autori – Adolf Reinach, Felix Kaufmann, Gerhart Husserl, sui quali si veda G. STELLA, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990 – hanno applicato l'analisi fenomenologica, giungendo a dei risultati che sono ben lungi dal correre il rischio di una mancanza di concretezza. Infatti, il risultato prioritario della via scelta dalla corrente fenomenologica consiste nell'individuare l'importanza del cammino di arricchimento che il soggetto percorre prima di giungere all'essenza.

⁷ Simbolica è, a questo proposito, la confusione – ben nota – che presto ingenera il formalismo normativistico kelseniano tra i concetti di validità ed efficacia. Su ciò

Il diritto inteso secondo l'essenza può, dunque, vantare questa duplice qualità: essere generalissimo, ma anche oltremodo ricco di tutto il suo *humus*. Questo significa che la sua intrinseca temporalità, né è unicamente convenzionale, né è meramente empirica (lo scorrere). In questo modo diventa possibile dare una spiegazione a quell'apparente *contradictio in adiecto*, per cui la concretezza del diritto e la sua connessione con il valore consisterebbero nella sibillina nozione di «tempo astratto» (Gerhart Husserl lo chiama anche, con espressione più felice, «tempo oggettivo»), inteso come appartenente specificamente alla giuridicità. La comprensione della questione può derivare, innanzitutto, dalla consapevolezza della finitezza del diritto, che lo porterebbe a palesarsi come una delle poche dimensioni esistenziali strutturalmente «delimitate», per definizione: un esempio classico può essere la figura giuridica del contratto, cui è «essenziale» l'inizio e la fine. Ma – va aggiunto – la delimitatezza del diritto sembra anche concedergli una sua estrinsecità, diciamo una certa lontananza dallo scorrere, dall'accadere

sono significativi i passi in cui Kelsen tenta invano di anettere all'esistenza del diritto, la quale altro non è che la sua validità, una certa dose di realismo, perseguendo il concetto di efficacia sul mero riscontro «quantitativo» dei fatti, non certo esaustivo della realtà del diritto: «Una costituzione è efficace quando le norme prodotte in conformità alle sue disposizioni sono applicate e seguite *nelle loro grandi linee*»: «Si considera valido un ordinamento giuridico quando le sue norme sono efficaci *nelle loro grandi linee*, quando cioè sono effettivamente applicate ed obbedite» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, pp. 219 e 214; trad. it. a cura di M.G. Losano: *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1975, citaz. pp. 237 e 242, corsivo nostro). Non andrebbe dimenticato che i due «essenzialismi», quello husserliano e quello kelseniano, sono tra loro incompatibili nel fatto stesso della critica di Kelsen alla concezione logico-normativa di Husserl. Questa critica trova una piena sintonia, non a caso, con gli esiti ultimi dei presupposti metodologici della *Reine Rechtslehre*, ossia quelli addirittura irrazionalistici della postuma *Allgemeine Theorie der Normen*. Bene dice Winkler quando, a proposito della presenza temporale nel diritto, afferma che nel formalismo giuridico, e in particolare in quello di Kelsen, non trova posto il tempo e per principio non può trovarne (cfr. G. WINKLER, *Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens*, Wien-New York, Springer, 1995, p. 527 ss.). Del resto, la critica di Winkler a Kelsen riguarda specificamente anche questa incapacità della dottrina pura di fare i conti con la realtà ed è un'analisi tanto puntuale quanto rara nel panorama degli studi kelseniani. Essa si avvale di una ricostruzione assai interessante dell'ambiente culturale in cui si muove Kelsen, così da poter ricostruire tutte le possibili ascendenze della sua dottrina. Su ciò cfr. G. WINKLER, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer, 1990 (trad. it. di A Carrino: *Teoria del diritto e dottrina della conoscenza*, Napoli, ESI, 1994).

casuale, e, in termini di storia della libertà, dall'arbitrio. Il suo è, appunto, un tempo oggettivo, di per sé stante, quindi, in questo senso, ma solo in questo – cioè solo nell'ottica della ricerca e della delineazione di una temporalità speciale –, è un tempo astratto. Inoltre, l'astrattezza del tempo del diritto evoca la concretezza della pienezza dell'essere, che è propria a quella visione filosofica secondo cui la realtà – che, potremmo dire, ha al suo interno diversi gradi di «realismo» –, questa realtà, con cui noi riteniamo di fare quotidianamente i conti in modo più o meno sereno, è reale solo se ha dietro di sé, quale baluardo, l'idea.

Quanto finora detto deve servire ad inquadrare una concezione dei diritti umani, che, per essere credibile, non può più limitarsi ormai all'aspetto storico-genetico o a quello positivistico-formale, che pure ne costituiscono due necessarie componenti, ma deve, invece, approfondire l'analisi del progetto che li accompagna e, con esso, il soggetto storico che li indaga e che li adotta. In tal modo, i diritti dell'uomo si connoteranno di uno spessore, che, oltretutto risultato della storicizzazione di cui sono il sedimento – e questa storicizzazione è, *in primis*, cammino umano di civiltà –, è valore proiettato nel tempo e nello spazio. Anche i diritti sono quel tempo astratto, oggettivo, ossia oggettivato, ricco di concretezza, sedimentazione di esperienza, di cui si è parlato. Non sono semplici strumenti tecnico-giuridici, non sono mere opzioni ideologizzanti, su di essi si esercita e si è esercitata la scelta.

Parlare dell'essenza del diritto – e, infatti, è un'interpretazione essenzialistica a sostenere il concetto di astrattezza / oggettività – non significa necessariamente abbandonare il terreno della realtà, il campo della storia, rinunciare a misurarsi con il diritto effettivamente dato e con la vita in cui esso è calato, per rincorrere fantasmi di modelli dogmatici. L'esigenza che animò le teorizzazioni giusnaturalistiche moderne va annoverata alla storia del pensiero e struttura la nostra civiltà, anche se – è vero – ciò viene spesso dimenticato; e, tuttavia, non è certo una tale esigenza, storicamente determinata, che può animare il rinnovamento della teoria del diritto nell'epoca attuale di fronte ad un mondo finalmente consapevole della globalità dei suoi propri problemi economico-politici, che, ormai, ha ben poco a che fare con l'approccio teorico-filosofico legato ai temi dell'emancipazione borghese entro un quadro sostanzialmente europacentrico. Per rispondere adeguatamente ai problemi dell'attualità, i conti vanno fatti con un modello di giuridicità che si esempli su un'idealità denotativa, come si diceva all'inizio, di una completezza, in cui, se così possiamo esprimerci, sta dentro tutto, e nient'affatto intesa, più banalmente (ed anche pericolosamente), nel senso di un valore (relativistico) cui ispirare l'azione.

Questo discorso vale anche per la comprensione dei diritti umani, nel senso che, *in primis*, essi vanno sganciati dalle loro ascendenze giusnaturalistiche, per poi venire posti in una luce comparatistica reciproca nelle loro diverse modalità culturali mediante il confronto con un parametro ideale progettuale di emancipazione.

Il passaggio successivo dovrà individuare i modi con i quali declinare questo parametro ideale stesso. È qui che viene in aiuto la succitata definizione del diritto come ciò che «vuole essere da sé stesso un fine», che, di fatto, è una via esplicativa alla «idea» giuridica. Infatti, quand'anche si voglia ammettere l'ambiguità della nozione del «valore», abusata e relativistica, bisogna riconoscere che, proprio muovendo da un approccio, che conserva nel realismo il riferimento all'idea, diventa possibile rifare un discorso di fondazione, sia pure con il limite interpretativo che, trattandosi dell'uomo e della sua storia, valore o idea del diritto possono manifestarsi soltanto come un'utopia. Perché sia così, è chiaro: se avessimo come obiettivo una definizione, per così dire, «universale» del diritto – e, ovviamente, dei diritti –, intendendo, quindi, il concetto di «idea» o «essenza» del diritto stesso (insieme con i diritti) in questo particolare significato, certo approderemmo ad uno snaturamento dell'oggetto in questione, togliendogli la peculiarità sua propria, che è quella di farsi ad immagine della società umana; lo fermeremmo nella non-storia. L'idea evocata dal diritto, invece, avendo, come tale, tutte quelle possibilità che sono contemplate dall'essere esso immagine emblematica di ogni possibile contingenza, e prospettandosi, così, come compito infinito, come utopia, appunto, è calata nel vivo della storia e con essa non può non fare i suoi conti. Proprio questo significato, più profondo e nuovo, deve saper assumere una rilettura aggiornata e attenta del diritto e dei *rights*.

L'essenza del diritto, dunque, è utopica. Il diritto storico, il diritto fatto dall'uomo e dagli uomini *deve* avere una proiezione utopica: questa è la sola risposta possibile e coerente fino in fondo che possa sfidare la tesi dell'estinzione del diritto, abusata, vetusta, ma ancora valida, perché poco convincentemente contraddetta. Dietro al diritto contingente non può che esservi l'utopia dell'utopia. Allora, e soltanto allora, ogni possibile modello avrà – come è giusto – diritto di cittadinanza nel panorama teorico, e non sarà permesso che un solo modello di civiltà giuridica venga privilegiato rispetto ad un altro, avviluppandosi, così, nelle sue proprie, inevitabili, contraddizioni. Rimane da capire, naturalmente, quale sia, di fatto, la fenomenologia concreta dell'utopia giuridica, ma anche quale ruolo ideale essa svolga nella nostra visione del diritto, perché, insomma, si possa giungere a pensare che la «pos-

sibilità» intrinseca al diritto assuma le variabili apparenze del progetto, e, specialmente, di quel progetto intenzionato che si presenta come utopia.

Cominciamo da questa seconda questione. Se noi riusciamo a comprendere «che l'essere-uomo implica un essere-teleologico e un dover-essere»⁸, comprenderemo anche che «[i]l vero essere è *sempre* un fine ideale, un compito dell'*epistème*, della "ragione", in contrapposizione a quell'essere che la *doxa* ammette e suppone "ovvio"⁹: infatti, «[l]e mere scienze di fatti creano meri uomini di fatto»¹⁰. Benvenuta, dunque, una visione generale del diritto proiettata sul valore del progetto, sulla dimensione finalistica e utopica della sua intrinseca struttura! L'utopia di un futuro realizzabile – che per il diritto è, come vedremo, quella dei diritti dell'uomo – è il solo mezzo che attesta la possibilità di azione e, persino, di sopravvivenza dell'individuo.

È quando Robinson Crusoe vede per la prima volta sull'isola famosa del naufragio l'orma umana che poi si incarna nel personaggio di Venerdì, che la sua vita può riprendere un corso interrotto dalla solitudine e dalla conseguente potenziale disperazione. Da allora l'utopia gli riempie la vita e, a lungo, egli contempla, quasi programma, il momento in cui Venerdì comparirà, trovando aiuto in lui e, così, anche, offrendogli un possibile aiuto per il futuro. Ciò che conta non è la presenza dell'altro in quanto tale, bensì che questo «altro» – che Robinson si immagina, e poi esperisce, come Venerdì – costituisca l'elemento principale di un progetto, di quel determinato progetto, cui Robinson ricorre nella sua lotta per la vita¹¹. Nel romanzo di Defoe, Venerdì arriva veramente, ma nella realtà questo arrivo è del tutto inessenziale: non è assolutamente previsto o prevedibile che il progetto si realizzi, che l'utopia finalmente si collochi – negando sé stessa. L'utopia non ha un semplice effetto liberatorio rispetto al soggetto, non si limita a un esercizio catartico; non ha soltanto un peso ideale, teorico, nell'assun-

⁸ E. HUSSERL, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die Phänomenologische Philosophie*, hrsg. v. W. Biemel, 2. Auflage, Haag, Martinus Nijhoff, 1976, § 73, p. 275 (trad. it. di E. Filippini: *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale. Introduzione alla filosofia fenomenologica*, Milano, il Saggiatore, 1975, p. 290).

⁹ *Ibidem*, § 5, p. 11 (trad. it. cit., p. 42).

¹⁰ *Ibidem*, § 2, p. 4 (trad. it. cit., p. 35).

¹¹ Cfr. K.H. BOHRER, *Der Lauf des Freitag. Die lädierte Utopie und die Dichter. Eine Analyse*, München, Carl Hanser, 1973 (trad. it. di F. Stelzer: *La corsa di Venerdì. L'utopia ferita e i poeti*, Bologna, il Mulino, 1991).

zione di compiti esistenziali da parte degli uomini, ma riveste un'importanza eminentemente progettuale, finendo quindi per appartenere alla più intima struttura dell'esistenza stessa. Infatti, «[c]he altro ha determinato il comportamento di Robinson, se non il concreto, continuo presente del dolore, del disagio e della paura della fame?»¹².

È il diritto dei diritti umani che trova collocazione nell'ampio ricettacolo concettuale dell'utopia, e determina l'azione dell'operatore giuridico nella direzione della consapevolezza e della progettualità. L'impossibilità di determinare l'ampiezza effettiva dei diritti è proprio ciò che consente di eleggere questo referente concettuale a modello di una prassi giuridica che – come abbiamo già detto – riteniamo necessitata ad adeguarsi a un referente progettuale: infatti, l'eccesso di determinazione toglierebbe ogni respiro al progetto stesso e lo trasformerebbe in una finalità vincolata. Ma la tematica dei diritti umani è di per sé, problematicamente, elastica, libera da limiti: accanto ad un nucleo «storico» originario – anch'esso variabile, di per sé – permangono le varie concezioni, che possono essere, variabilmente, più ristrette o più ampie, secondo la visione storica, giuridica, politica dei loro portatori. L'indeterminatezza dei confini della tematica dei diritti umani è, insieme, la connotazione più importante della «utopicità» della loro realizzazione – e, quindi, nella nostra ottica, della loro capacità di giocare il ruolo di «fine» del diritto – e della concretezza storica del loro contenuto. Per chi considera definitivo il modello solo «civile» dei diritti, per chi accetta senza problemi il suo allargamento al modello più ampio comprendente anche i diritti «politici», per chi, esponendo la loro originaria consistenza a una coraggiosa e rischiosa parcellizzazione, accoglie, accanto ai diritti «sociali», anche l'ulteriore distinzione in diritti «degli individui» e diritti «dei popoli», diritti dei singoli e diritti «dell'ambiente» e così via, in una ricerca sempre più sofisticata, la molteplicità dei modelli non offusca l'originaria unità del tema nonché la sua valenza prospettica.

Vi è una sola realistica possibilità che il diritto mantenga un ruolo importante entro la civiltà presente e immediatamente futura: in un mondo in cui i vari sistemi sono problematicamente interconnessi, che ha evidenziato contro ogni residuo dubbio l'impossibilità di una utilizzazione dello strumento giuridico in maniera meramente tecnica, estranea al contesto sociale di afferenza, il diritto ha un'importante oppor-

¹² *Ibidem*, p. 130 (trad. it. cit., p. 154).

tunità, quella di costituire l'obiettivo cui l'uomo e i popoli, kantianamente, pur sempre tendono. Esso non è più solo *quel* diritto passato che abbiamo conosciuto in un certo tempo e luogo, *questo* diritto presente che ci condiziona direttamente o indirettamente, *quell'altro* diritto futuro che, forse, si ripresenterà, chissà dove e chissà quando. Il diritto, di cui abbiamo, non a caso, rivendicato la struttura temporale di tipo astratto, è il diritto ideale, e la sua idealità si declina nei tempi e nei modi dei diritti dell'uomo in una utopica «ucronia»¹³, cui è legato il progetto di ogni possibile giuridicità.

Afferma Bobbio, il quale ha dedicato molte e lucide pagine al tema dei diritti umani: «La Dichiarazione universale contiene in germe la sintesi di un movimento dialettico che comincia con l'universalità astratta dei diritti naturali, trapassa nella particolarità concreta dei diritti positivi nazionali, termina con l'universalità non più astratta ma essa stessa concreta dei diritti positivi universali. Quando dico 'contiene in germe' voglio richiamare l'attenzione sul fatto che la Dichiarazione universale è solo l'inizio di un lungo processo, di cui non siamo in grado di vedere ancora l'attuazione finale. [...] Rispetto al contenuto, cioè alla quantità e alla qualità dei diritti elencati, la Dichiarazione non può avanzare nessuna pretesa di essere definitiva. Anche i diritti dell'uomo 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. L'espressione 'diritti dell'uomo' che è certamente enfatica, anche se opportunamente enfatica, può trarre in inganno, perché fa pensare all'esistenza di diritti appartenenti ad un uomo astratto e come tale sottratti al flusso della storia, ad un uomo essenziale ed eterno dalla cui contemplazione deriviamo la conoscenza infallibile dei suoi diritti e dei suoi doveri. Oggi sappiamo che anche i diritti cosiddetti umani sono il prodotto non della natura ma della civiltà umana; in quanto diritti storici sono mutevoli, cioè suscettibili di trasformazione e di allargamento»¹⁴.

Sono condivisibili, del passo citato, due aspetti. Il primo riguarda il riferimento alla storia, che è inteso a ricordare la necessità di calare la giuridicità in un contesto culturale, prendendo, quindi, le distan-

¹³ Questo termine è desunto dal titolo del romanzo di CH. RENOUVIER, *Uchronie, l'utopie dans l'histoire*, del 1876, in cui l'autore si propone di ricostruire «la storia apocrifia dello sviluppo della civiltà europea, quale avrebbe potuto essere e non è stata».

¹⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 24 e 26. Il saggio specifico da cui si cita, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, risale al 1968.

ze, tanto dal falso oggettivismo giusnaturalista, quanto dall'asettico tecnicismo positivistico. Il secondo illustra in modo suggestivo la componente teleologica della dottrina dei diritti e il loro ruolo progettuale di civiltà. Questi, come abbiamo cercato di dimostrare, riteniamo essere gli elementi indispensabili a comprendere la natura propria dei diritti umani analizzati dal punto di vista filosofico. Manca ancora, tuttavia, l'indagine relativa alla vera e propria esistenza giuridica dei diritti, alla loro validità, in cui, all'inizio del presente discorso, preannunziavamo dover consistere l'altra faccia dell'indagine medesima.

La prima cosa che salta agli occhi, ponendosi in un'ottica giuridica, consiste nel fatto che la connotazione ultimativa della questione riguardante i cosiddetti diritti umani e la loro legittimazione è in grado di assumere una fisionomia solo in presenza del tema della *giustiziabilità* degli stessi diritti. Questo della tutela giudiziaria dei diritti è diventato un tema trasversale a molteplici e variegate posizioni teoriche, ricoprenti un largo ventaglio speculativo che si apre tra utopia e realismo, e si è palesato come l'unico sviluppo politico effettivamente possibile.

Ad un primo approccio, ciò che attualmente colpisce è la grande diversità dei modi utilizzati per avvicinarsi alla questione dei diritti, diversità direttamente proporzionale a quella delle concezioni e, soprattutto, delle *fondazioni* che si manifestano attualmente al riguardo. Questo dipende dalla forte accelerazione che ha subito il tema dei diritti a livello transnazionale, quando, in specie nell'ultimo decennio del secolo XX, si è dovuto fare i conti con un macroscopico mutamento nell'equilibrio internazionale accompagnato dall'apparente scomparsa della varietà ideologica dei modelli che sono alla base della comunità politica. È bene ricordare, a margine, che solo un'interpretazione confusa e, in ultima analisi, tendenziosa può pensare che la standardizzazione del progetto politico secondo una certa ideologia permetta di interpretare come mera «ideologia dei diritti» una dottrina che è da considerarsi, invece, trasversale.

La questione dei diritti umani è, perciò, venuta acquistando questo ruolo così importante, dando luogo a una vera e propria congerie di opinioni. Vi sono, ad esempio, visualizzazioni relativizzanti del tema dei diritti, che, entro un'ottica prettamente politica, si preoccupano di evidenziare il rischio di una loro possibile riduzione a pretesto per un'egemonia internazionale che può essere arbitraria e pericolosa. E ciò è così vero che si trova parzialmente d'accordo con que-

sta posizione anche un'analisi pacata come quella di Ignatieff, il cui contributo all'analisi della questione dei diritti si mostra senz'altro allineato ad un punto di vista statunitense ed interventista¹⁵.

Accanto a questo tipo di posizioni convivono visioni edulcorate della universalizzabilità, che sembrerebbero, talvolta, accettare – almeno apparentemente – le fondamentali obiezioni di chi scorge nel tema dei diritti nient'altro che un risibile provincialismo culturale incentrato sulla solipsistica e narcisistica univocità di scelta di un modello unico, quello occidentale, escludente altri antichi e diffusi progetti culturali profondamente condivisi – quello asiatico, per esempio. Per chi propenda ad un punto di vista irenico relativamente a questa ardua contesa, è senz'altro soddisfacente la lettura di Sen, il quale, nel libro *Globalizzazione e libertà*¹⁶, propone di individuare innanzitutto le motivazioni filosofiche e storiche del superamento di una dicotomia culturale, che non è affatto antica quanto si sarebbe portati a pensare.

In quest'ottica universalistica, tuttavia, l'acquisita consapevolezza della «relatività» del modello scelto, induce spesso il neofita ad ostinarsi nella difesa ad oltranza di un «cosmopolitismo», che solo in apparenza si maschera di «*politically correct*». Così è interpretabile, ad esempio, la visione «pedagogistica» di Martha Nussbaum che affida la questione dei diritti a quella che viene definita «istruzione cosmopolita», per il cui tramite, «gli studenti [...] devono imparare [...] che sono cittadini di un mondo di esseri umani, e che, pur capitando di essere cittadini degli Stati Uniti, devono dividere questo mondo di esseri umani con i cittadini di altri Paesi»¹⁷! Non è certo per questa via che i diritti possono trovare la loro legittimazione, scambiata, in questo caso per la politica dei buoni sentimenti, non dissimile, in ultima analisi, dalle posizioni che, semplificando al massimo, definiremmo neo-giusnaturalistiche, divenute ormai – per inaridimento dei referenti culturali e, certo, anche per lontananza dalla realtà – ingenua, essenzialistiche, ma, soprattutto, come dicevamo all'inizio, prive di senso della storia.

¹⁵ Si veda M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2001, ma anche ID., *Diritti umani: crisi di mezza età*, «The New York Review of Books», (ed. it.), 1999.

¹⁶ Cfr. A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, Mondadori, 2002.

¹⁷ Cfr. M. NUSSBAUM-G.E. RUSCONI-M. VIROLI, *Piccole patrie, grande mondo*, Milano, Reser, 1995.

E, per muoverci in ambito italiano, anche una posizione alla Bobbio – posizione, che, risalente oramai di molti decenni, è stata sotto-scritta opportunamente come punto di partenza di tante analisi del tema che giungono fino ai nostri giorni, e che indica come prioritaria la via della *prassi*, ossia dell’ottenimento di concreti risultati graduali che, per cerchi concentrici, tendano ad allargare il campo delle conquiste dei diritti ad una concretezza storica svincolata da pregiudiziali legittimazioni filosofiche – non tiene il passo con una realtà giuridica e politica che va adeguandosi per tentativo ed errore ad un mondo globalizzato. Non dimentichiamo, del resto, che questo tema del raggiungimento graduale dei diritti – che ha fatto, indubbiamente, la differenza nel dibattito, dando alla questione dei diritti quella verosimiglianza e praticabilità che ha permesso loro l’ingresso nella casa del gius-positivismo – andava di pari passo, a quel tempo, con la riflessione relativa al problema dell’equilibrio del terrore in un mondo spartito in due, e dunque con le tematiche della pace e della guerra. Mi riferisco, specificamente, a testi celebri e citatissimi, risalenti in prevalenza agli anni Settanta dello scorso secolo, presenti nell’antologia allargata dal titolo *Il terzo assente*, che comprende anche saggi dedicati in particolare al tema dei diritti, ma in cui risaltano gli scritti sulla pace e la guerra¹⁸.

Oggi lo scenario è cambiato. Il tema dei diritti è diventato esclusivamente il tema della costituzionalizzazione dei diritti¹⁹, ma anche quello della cosiddetta globalizzazione. È un tema giuridico, ma anche politico ed economico. È prima giuridico, politico o economico? Solo valutando questo aspetto si può percorrere un cammino sicuro nell’analisi della questione.

Ebbene, perché dimenticare che i «diritti», i «rights» delle Dichiarazioni – che, pure, sono eventi macroscopicamente politici – sono necessitati a dialogare con una «law», un «diritto», che dà loro l’ossigeno

¹⁸ N. BOBBIO, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Torino, Son-da, 1989.

¹⁹ Si vedano, innanzitutto, E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, «Albatros» Beltz Athenäum, 1994 (trad. it. a cura di C. Amirante, *Diritti dell’uomo e Legge fondamentale*, Torino, Giappichelli, 1998); F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I diritti umani nella Costituzione italiana*, in D. CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli, ESI, 1996, pp. 91-109.

utile alla loro espansione? I diritti devono venire ricondotti di necessità ad un *ordinamento* o, se si vuole, ad una istituzione²⁰, pena la caduta del loro significato e la confluenza di essi nella originaria grande madre dell'etica. In questo modo – ossia dal punto di vista di un ordinamento giuridico positivo – contempla i diritti Kelsen, la cui teorizzazione sul tema presenta aspetti inediti, sia entro la vulgata della sua dottrina, sia a fronte di un'interpretazione prioritariamente giuridica della dottrina dei diritti. Qui tutto si incentra su una visione che manifesta opinioni di questo tenore: «[t]ra i diritti soggettivi viene considerata anche la *libertà dallo Stato*, fin quando appunto essa sussista in mancanza di norme che regolino il comportamento degli uomini. Anzi si cita, in generale, tutta una serie di libertà singole come diritti soggettivi di libertà: così il diritto della *libertà personale*, cioè il diritto di non essere o di essere arrestato solo a determinate condizioni, il diritto della libera *espressione delle idee*, specialmente la *libertà di stampa*, la *libertà di religione e di coscienza*; il diritto di *libertà di associazione e di riunione*, il diritto di *libertà della scienza*, il diritto alla *libera proprietà*, cioè il diritto contro gli attacchi alla proprietà privata da parte dello Stato, il diritto di *libera emigrazione* e così via. Ma [...] qui non si tratta affatto di *diritti*, in quanto una sfera *agiuridica* [*rechtsfreie*] non è qualificabile come *diritto*, perché la “libertà” come esser-liberi dall'or-

²⁰ Di questi tempi – i nostri –, così confusi e mistificanti, viene voglia di fare ricorso al concetto romaniano di «istituzione», solitamente annoverato ad esempio forte di una dottrina dello Stato in cui la pluralità degli ordinamenti sembra mettere in ombra lo Stato stesso, o, comunque, il modello dello Stato accentratore (aspetto, quest'ultimo, che, anzi, ce lo avvicina): infatti, la trattazione di Santi Romano, nell'annettere lo Stato alla categoria dell'istituzione, in realtà, meglio ne assicura la sopravvivenza, tanto più in quanto aggiorna un'idea che, così come era stata trasmessa dalla tradizione pubblicistica ottocentesca europea, mostrava di non poter reggere l'urto delle urgenze sociali novecentesche. Insomma, non è troppo paradossale affermare che, come Kelsen salva l'idea dello Stato identificandolo con il suo ordinamento, anche Romano lo conserva attualizzandone la funzione. Si deve ricordare, a questo scopo, principalmente l'opera del 1909, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in cui, anticipando la teoria che sarà propria dello scritto del 1918, *L'ordinamento giuridico* (Firenze, Sansoni, 1967), enfatizza in particolare l'inettitudine del principio di rappresentanza che costituisce il motivo radicale della crisi dello Stato. Cosicché, la terapia è mirata a sanare una situazione in cui, da un lato esiste lo Stato concepito come unico potere sovrano e, dall'altro, l'individuo «in apparenza armato di una serie infinita di diritti enfaticamente proclamati e con non costosa generalità elargiti, ma nel fatto non sempre protetto nei suoi legittimi interessi» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 3-26, citaz. p. 14). È in questo significato che vorremmo riprendere il concetto romaniano di istituzione.

dinamento giuridico è determinabile giuridicamente appunto solo *negativamente*. Ogni comportamento, il cui contrario *non* formi il contenuto di un obbligo giuridico, è “libero” per l’uomo. Quindi egli avrebbe ugualmente un diritto di respirare, di passeggiare, ecc.; come pure un diritto di manifestare le sue opinioni, o di appartenere a una qualche religione»²¹.

Ciò che caratterizza una visione quale è quella appena prospettata è il fatto che, in ultima analisi, finisce per evidenziarsi come referente esclusivo di una legittimazione dei diritti il ruolo dello Stato, mentre i diritti stessi vengono ridimensionati ad un ruolo secondario. E, tuttavia, quella compiuta da Kelsen è – diciamo pure – una dissacrazione dei diritti portata a compimento da un punto di vista strettamente gius-positivistico, che – lo anticipiamo – può essere considerata una sana lezione di realismo per ogni visione che si avventuri nel paradosso di trattare i «diritti» senza il «diritto». Correttamente si afferma, per esempio, sempre nel testo del 1926: «[a] di fuori dell’ordinamento giuridico statale – e quella sfera che la teoria si sforza di riempire con diritti di libertà sta al di fuori dell’ordinamento giuridico – non vi può essere alcun “diritto”; si tratterebbe infatti di un *diritto naturale*»²². Occorre ricordare, infatti, che «[l]’opinione tradizionale, secondo cui il diritto è un oggetto della conoscenza giuridica diverso dal dovere ed ha addirittura la priorità rispetto al dovere, si può ben ricondurre alla dottrina giusnaturalistica. Essa parte [...] dall’idea che esistano diritti naturali innati nell’uomo ed anteriori ad ogni ordinamento positivo; fra essi, il diritto soggettivo alla proprietà

²¹ H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien, Rudolf M. Rohrer, 1926, p. 34 (trad. it.: *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, a cura di A. Carriano, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 57-58).

²² *Ibidem* (trad. it. cit., p. 58). E altrove: «L’opinione tradizionale, secondo cui il diritto è un oggetto della conoscenza giuridica diverso dal dovere ed ha addirittura la priorità rispetto al dovere, si può ben ricondurre alla dottrina giusnaturalistica. Essa parte infatti dall’idea che esistano diritti naturali innati nell’uomo ed anteriori ad ogni ordinamento positivo; fra essi, il diritto soggettivo alla proprietà individuale occupa una posizione di primo piano. La funzione di un ordinamento giuridico positivo che ponga fine allo stato di natura (cioè lo stato), secondo questa teoria, è di garantire i diritti naturali statuendo i corrispondenti doveri. Questa opinione, tuttavia, ha influenzato anche i rappresentanti della scuola storica del diritto, i quali non soltanto inaugurarono il positivismo giuridico del XIX secolo, ma anche influenzarono in modo determinante la formazione dei concetti della teoria generale del diritto» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 134-135; trad. it. cit., p. 152).

individuale occupa una posizione di primo piano»²³.

Da un punto di vista storico è possibile, seguendo Kelsen, inquadrare il tema dei diritti in una «sistematica del diritto borghese», nell'ideologia. Ma questo meriterebbe un discorso a sé²⁴.

Il cuore della questione si palesa, tuttavia, in una maniera intenzionalmente positivista e riguarda anche una scelta di politica del diritto. La lezione kelseniana che l'attuale dogmatica non può ignorare consiste nella negazione dello sdoppiamento del diritto in privato e pubblico, soggettivo e oggettivo, sdoppiamento ingenuo, sia quando, come accadde prima e più a lungo, si privilegiò l'approccio privatistico e soggettivistico, sia quando si compì la svolta pubblicistica della *Allgemeine Staatslehre*²⁵, di cui Kelsen stesso è illustre esponente: i «diritti» sono risolvibili in una rivisitazione tecnico-giuridica della categoria del diritto soggettivo esclusivamente entro lo schema della «*Berechtigung*» e della «*Ermächtigung*», nonché per il tramite della sostituzione del binomio tradizionale che vede contrapposti diritto soggettivo e diritto oggettivo con quello che oppone «*autocrazia*» e «*democrazia*». Questo, e non altro, significa la riconduzione dei diritti nell'alveo del diritto statale.

Analizziamo i diversi passaggi. In un quadro generale in cui il diritto soggettivo si coniuga in «*Berechtigung*», «autorizzazione», intesa come pretesa, diritto, diritto-riflesso di un dovere, non è il titolare della suddetta pretesa a essere il «soggetto» del diritto, ma, al contrario, il titolare del dovere, dell'obbligo corrispondente (unico parametro riconoscibile di una «*law*» essenzialmente sanzionatoria); perciò, «[l]'uomo nei cui riguardi si deve tenere il comportamento dovuto è soltanto *oggetto* di questo comportamento»²⁶. La configurazione di

²³ *Ibidem*, p. 134 (trad. it. cit., p. 152).

²⁴ *Ibidem*, p. 135 (trad. it. cit., 153). È già illuminante il tenore di questa ulteriore affermazione kelseniana: «Ma la dottrina tradizionale rifiuta invece con la massima decisione di considerare il diritto soggettivo, cioè l'attribuzione di un diritto, come un semplice riflesso del dovere giuridico degli altri, perché essa, anche soltanto per motivi ideologici, ritiene di dover porre in rilievo il carattere primario dell'attribuzione del diritto» (*ibidem*, p. 136; trad. it. cit., p. 154).

²⁵ Su questo argomento rimanderei a G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, Cedam, 1964²; M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; H. KERSTEN, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000; S.L. PAULSON-M. SCHULTE (hrsg. v.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

²⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit. p. 134 (trad. it. cit., p. 152, corsivo nostro).

una centralità del titolare dei diritti si delinea soltanto con la «*Ermächtigung*»²⁷, quell'attribuzione di poteri che fa sì che il titolare della «*Berechtigung*» faccia valere *mediante azione giudiziaria* quel diritto-riflesso, o meglio l'inadempimento del dovere, il cui riflesso è il diritto in questione. Assistiamo, in questo caso, all'esercizio di un diritto soggettivo in senso proprio, che consiste nell'esercizio di un potere giuridico. Teniamo a mente questo specifico accostamento tra diritto e «*actio*». Lo riprenderemo tra poco.

Il carattere innovativo di questo modello di reinterpretazione dei diritti, esemplato sulla dottrina kelseniana, consiste nel fatto che il quadro generale in cui questa interpretazione va inquadrata è quello della partecipazione dei soggetti alla produzione del diritto, ossia quello della funzione produttrice del diritto. Infatti, secondo Kelsen, la «*partecipazione alla produzione dell'ordinamento statale o giuridico*» è effettivamente il *punto di vista decisivo* a partire dal quale possono essere rappresentati, liberamente e in un nesso proprio alla loro natura, tutti i significati essenziali del concetto – così ambiguo – di *autorizzazione* [*Be-*

²⁷ «Nella giurisprudenza tradizionale, alla teoria dell'interesse si contrappone la teoria della volontà, secondo la quale il diritto soggettivo è un potere della volontà conferito dall'ordinamento giuridico. In questo modo si definisce però un oggetto diverso da quello cui si riferisce la teoria dell'interesse; cioè un'attribuzione di poteri [*Ermächtigung*], un potere giuridico attribuito ad un individuo dall'ordinamento giuridico. Ci si trova in presenza di tale potere quando, fra le condizioni di una sanzione su cui si fonda un dovere giuridico, figura un'azione che mira all'esecuzione della sanzione, la cui forma è una domanda, diretta all'organo che applica il diritto, generalmente da parte dell'individuo verso il quale esiste il dovere. Quest'organo può applicare la norma giuridica generale (che è appunto suo compito applicare), può cioè statuire la norma giuridica individuale, che ricollega alla concreta fattispecie di reato, accertata dall'organo, una concreta sanzione, soltanto quando esiste a questo fine una richiesta dell'individuo autorizzato (l'attore), mediante la quale si pone in moto il procedimento dell'organo che applica il diritto, e particolarmente il procedimento giudiziario. In questo modo il diritto – e cioè la norma generale che deve essere applicata dall'organo giuridico – è a disposizione di un certo individuo, normalmente di colui nei cui riguardi un altro individuo è obbligato ad un certo comportamento: in questo senso il diritto oggettivo è di fatto il suo diritto. Se nel descrivere questa situazione ci si serve del concetto ausiliario di diritto-riflesso, si può ben dire che l'attribuzione di un diritto [*Berechtigung*] – la quale è soltanto il riflesso di un dovere giuridico – è munita del potere giuridico del titolare stesso di far valere mediante azione giudiziaria questo diritto-riflesso, cioè l'inadempimento del dovere, il cui riflesso è il diritto in questione» (ID., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 139; trad. it. cit., p. 157). Questo passo così lungo ci sembra indispensabile per mettere a fuoco la coppia *Berechtigung/Ermächtigung* e anche per richiamare l'attenzione sulla nota indistinzione kelseniana tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, cui si accennava prima.

rechttigung]]»²⁸. Valutiamo il caso dei diritti politici, intesi come la facoltà di «influenzare la formazione della volontà statale», cioè di «partecipare direttamente o indirettamente alla produzione dell'ordinamento giuridico»²⁹. È qui evidente la partecipazione alla produzione del diritto: nella democrazia diretta si determina un diritto soggettivo a partecipare all'assemblea popolare legislativa, a discutervi e a votarvi, in quella indiretta un diritto soggettivo degli elettori, il diritto elettorale, e un diritto soggettivo degli eletti di far parte del parlamento, di discuterli e di votarli.

Ma anche il diritto soggettivo in senso tecnico, che si verifica quando la «*Berechtigung*», arricchitasi della «*Ermächtigung*» vede esercitato dal suo titolare il potere di far valere mediante azione giudiziaria quel diritto-riflesso, o meglio l'inadempimento del dovere, il cui riflesso è il diritto in questione (la «*Berechtigung*», l'autorizzazione, la pretesa stessa), produce diritto. Come viene detto specificamente da Kelsen, è questo un «caso di fondazione *unilaterale* di obblighi» che «risulta dalla determinazione di certe norme giuridiche che fanno dipendere la realizzazione dell'atto coercitivo (come pure di tutto il processo che porta fino all'atto coercitivo) dalla *manifestazione di volontà* – a ciò rivolta – *dell'offeso*, dall'*actio*, citazione o ricorso da lui promossi. Proprio in questo caso si parla di un *diritto soggettivo in senso proprio*. Effettivamente, qui si prende in particolare considerazione l'interesse individuale. Ma col mettere a disposizione del presunto interessato l'ordinamento giuridico, egli vien fatto in maniera considerevole partecipe della *formazione della volontà statale*, così come essa si manifesta nell'atto individuale del giudizio chiesto nell'*actio* o nell'atto amministrativo reclamato»³⁰.

La partecipazione alla produzione del diritto ha luogo, come ben sappiamo, sia quando essa dia luogo alla norma generale della legge, sia se si esprima nella norma individuale della sentenza giudiziaria. Varia, tuttavia, la forma di Stato corrispondente ai due tipi di pro-

²⁸ ID., *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 31 (trad. it. cit., p. 52).

²⁹ ID., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 143 (trad. it. cit., p. 161). E altrove: «Queste fattispecie – le condizioni della produzione generale del diritto – son quelle che si definiscono sostanzialmente diritti *politici* e le si può caratterizzare nel senso che esse concedono a chi è autorizzato una *partecipazione alla formazione della volontà statale*» (ID., *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 31; trad. it. cit., p. 53).

³⁰ ID., *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 32 (trad. it. cit., pp. 54-55).

duzione giuridica e Kelsen sostiene la tesi forte per la quale quella distinzione tra democrazia e autocrazia, che si delinea entro la produzione di norme giuridiche generali – a seconda che vi sia o no partecipazione di chi è soggetto alle norme alla produzione della norma che lo obbliga –, può essere fatta valere anche nell'interpretazione della produzione del diritto individuale – nel quale, invece, la dottrina è solita stabilire quella particolare distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, a seconda che l'obbligo giuridico, il carattere vincolante della norma individuale, sorga con o senza la collaborazione di colui che si deve obbligare, quindi mediante la manifestazione unilaterale della volontà di chi è autorizzato o mediante una concorde espressione di volontà di chi ha il diritto e di chi ha l'obbligo³¹. Che è come dire che i diritti pubblici soggettivi, in cui per il tramite della «*actio*» è sollevata, rivendicata, una pretesa verso lo Stato, manifestano la dimensione autocratica del loro essere nell'unilateralità della pretesa stessa, cui non corrisponde per essenza la volontà della controparte statualistica.

Premesso che a questa specifica questione, in linea di principio, sembra darsi un'unica risposta possibile, ossia quella jellinekiana della cosiddetta auto-obbligazione dello Stato, dove il garante dei diritti è il custode stesso della legge³² – e che, quindi, secondo quanto si è sottin-

³¹ «Rispetto al carattere primario [...] dell'obbligo giuridico, ciò che importa è sapere se l'obbligo giuridico dell'uno – cui può corrispondere l'autorizzazione dell'altro – sorga con o senza la collaborazione di colui che si deve obbligare, quindi mediante la manifestazione unilaterale della volontà di chi è autorizzato [*des Berechtigten*] o mediante una concorde espressione di volontà di chi ha il diritto e di chi ha l'obbligo [*des Berechtigten und Verpflichteten*]. Nel primo caso si parlerà di un rapporto di diritto pubblico, nel secondo di un rapporto di diritto privato. Si tratta dunque dello stesso punto di vista sul quale poggia anche la distinzione delle forme statuali in autocrazia e democrazia; partecipazione o non partecipazione di chi è soggetto alle norme alla produzione della norma che lo obbliga [...]. Si usa la distinzione tra forma statale autocratica e forma statale democratica quando si tratta della sfera della produzione del diritto generale, mentre nell'ambito della produzione del diritto individuale ci si serve, per designare lo stesso contrasto, dei concetti di diritto pubblico e di diritto privato. Quest'ultima distinzione, quindi, non deriva affatto, in qualche modo, dall'essenza del diritto. Qui si tratta piuttosto esclusivamente di una diversità dei metodi di produzione del diritto stabilita solo mediante il diritto positivo» (ID., *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., pp. 33-34; trad. it. cit., pp. 56-57).

³² La teoria della auto-obbligazione dello Stato è tratteggiata da Jellinek nel 1900 nella *Allgemeine Staatslehre* (cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring,

teso in tutta la nostra analisi, si può giungere a sostenere che i diritti vanno considerati «dalla parte dello Stato»³³ –, riteniamo di potere, a questo punto, affermare che una lettura congruente della giuridicità dei diritti conduce quasi inevitabilmente a tre attività complementari. Innanzitutto, è giusto perorare la loro riconduzione nell'alveo originario ed originante dell'assiologia, enfatizzando, di conseguenza, primariamente il valore della *solidarietà*, non solo perché sancire le libertà è senza senso se la libertà è intesa come libertà dallo Stato laddove il diritto tocca solo *alcuni* comportamenti e non tutto l'uomo, ma anche perché si può dare un contenuto al fare, non al non fare – paradossalmente, sono più «diritto» i diritti sociali che quelli di libertà. In seconda istanza, e in connessione, è necessario tradurre l'effettuazione dei diritti in quella di «più democrazia»: è ancora attuale quello che nel 1926 affermava Kelsen, secondo cui, «anche nelle democrazie moderne il principio democratico, cioè il principio dei diritti politici, è limitato soltanto alla partecipazione del popolo alla legislazione, mentre l'esecuzione – giustizia e amministrazione – è regolata in modo fondamentalmente autocratico. Un diritto politico universale dei subordinati alle norme a collaborare tanto all'esecuzione quanto alla legislazione ancora non esiste [...]»³⁴. Perciò, o si corre il rischio di perorare fin dove sembri possibile la causa della democrazia, oppure il discorso sui diritti rimane una retorica superflua.

Last but not least, va detto anche che l'unica salvezza della coerenza teorica rimane, comunque, quella della giustiziabilità, e anche qui i sistemi dei classici dottrinari dello Stato ci vengono in aiuto. Abbiamo già parlato della coincidenza del diritto soggettivo con la «*actio*», san-

1914³; trad. it. in due volumi: *La dottrina generale dello Stato*, a cura di V.E. Orlando e M. Petrozziello, Milano, SEL, 1921 e Milano, Giuffrè, 1949). La teoria della auto-obbligazione è sostanzialmente riconducibile ad una teoria giuspubblicistica della promessa, ossia dell'impegno preso unilateralmente e, proponendosi di superare la concezione statualistica di Paul Laband, in realtà ha il preciso scopo di fare il giusto posto entro lo Stato stesso ai cosiddetti 'diritti pubblici soggettivi'. Dalla logica della autolimitazione dello Stato, del resto, consegue che, se lo Stato non fosse soggetto di diritto, se non avesse diritti, poteri, doveri verso i sudditi, non esisterebbero nemmeno doveri, poteri, diritti dei sudditi verso di esso.

³³ L'auspicio di una «ripresa di protagonismo degli stati» come «presupposto essenziale per la ricostituzione di condizioni minime di democrazia» costituisce il nucleo dell'articolata analisi di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, «Rivista di Diritto Costituzionale», I (1996), pp. 124-188.

³⁴ H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 36 (trad. it. cit., pp. 61-62).

zione evidente del momento procedurale nella concretizzazione del diritto e dei diritti: non vi può essere salvaguardia dei diritti degli individui nei confronti dell'abuso dei privati e della pubblica amministrazione che non sia garantito da una giurisdizione. Inoltre, una giurisdizione, al livello più alto, è accettata come lo strumento di conferimento della validità a quei diritti che si è voluto inserire nei testi costituzionali. Su questo particolare aspetto, il riferimento d'obbligo non è soltanto a Kelsen, il cui operato teorico e pratico è indissolubilmente legato allo strumento della Corte Costituzionale³⁵, anche se non specificamente in connessione con la questione dei diritti, ma già alla prima edizione del *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* di Jellinek, che è del 1892.

Ebbene, già in quest'opera viene affermato esplicitamente che lo «scopo legislativo» della enumerazione dei diritti fondamentali che compare nei testi costituzionali è «duplice»: essa deve servire «per tutelare la libertà individuale, in quelle determinate sue manifestazioni, non solamente contro l'amministrazione dello Stato, e cioè contro la costrizione giudiziaria e specialmente contro quella della polizia, quanto anche contro la legislazione». L'elencazione dei diritti crea, quindi, «una barriera non soltanto per i funzionari, ma anche per quella medesima volontà legislativa dello Stato» di cui essa stessa era stata emanazione. «A realizzare entrambi questi scopi tendono in due modi le disposizioni statutarie [...]: o col vietare alla legislazione di introdurre nuove disposizioni restrittive delle libertà garantite, o col prescrivere al legislatore di mettere determinati principi a base di una futura legislazione». Ora, «[i]n quanto al divieto», va detto che «esso non rappresenta nulla di assoluto, che le disposizioni legislative, le quali vi contraddicono, possono essere dichiarate prive di efficacia, *soltanto dove esistono giurisdizioni competenti* ad esaminare, se le leggi sono conformi alla Costituzione – [c]ome i tribunali federali per tutte le leggi americane, e il tribunale federale svizzero per le leggi cantonali [nota al testo] –, e che, ove tali giurisdizioni difettano, anche le leggi, le quali contraddicono le norme costituzionali, possiedono pieno valore legale nella forma e nella sostanza»³⁶.

Questa pagina jellinekiana, in cui, incidentalmente, si scopre che buona parte delle innovative teorizzazioni kelseniane non sono altro

³⁵ Cfr. R. MARCIC, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1966.

³⁶ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1892¹, 1905², 1919, p. 96 e nota 2 (trad. it. condotta sulla 2^a ediz.: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, a cura di G. Vitagliano, prefaz. di V.E. Orlando, Milano, SEI, 1912, pp. 107-108 e nota 2, corsivo nostro).

che un ribadimento della dottrina jellinekiana, evidenziando la sostanziale continuità e la mancanza di antitesi tra alcune posizioni teoriche di Jellinek e Kelsen, dà significativamente torto a tanta parte della dottrina interpretativa che è solita considerare quella kelseniana una teoria in cui assistiamo all'estinzione dello Stato. Invece, lo Stato, in Kelsen – il quale lo riformula in ordinamento giuridico – e nell'attualità della dottrina normativistica in cui sia centrale il marchio del positivismo formalistico kelseniano, è proprio quell'entità di cui Jellinek diceva che è esso a creare la personalità: «[l]a personalità per se stessa è *iuris publici*. Soltanto come membro dello Stato [...] l'uomo è in generale soggetto [*Träger*] di diritti. Ciò significa niente altro, che partecipare alla tutela giuridica. Un essere vivente è elevato alla condizione di persona, di soggetto di diritto, innanzi tutto *pel fatto che lo Stato attribuisce ad esso la capacità di richiedere efficacemente la tutela giuridica statale*. È lo Stato quindi, quello che crea la personalità»³⁷.

L'enfatizzazione del ruolo di garanzia costituzionale dei diritti e libertà fondamentali per il tramite della suprema corte, nonché delle procedure aggravate nel meccanismo di revisione delle norme costituzionali, percorre quella strada della giustiziabilità dei diritti, che, con le sue diverse tappe, segnala l'indispensabilità del «giudizio» a garanzia della validità, ossia dell'esistenza giuridica, dei diritti. A queste condizioni soltanto, è possibile lavorare sui valori, accettarne, diacronicamente e sincronicamente, il relativismo, accantonando improbabili velleità universalistiche in favore dell'efficienza di un tecnicismo giuridico, anche amministrativo, esemplato sul canone della democrazia. Questo Kelsen l'aveva ben compreso, se contemplava l'eventualità che il procedimento per annullare una legge limitativa delle libertà potesse essere iniziato mediante una sorta di azione popolare³⁸.

³⁷ *Ibidem*, p. 82 (trad. it. cit., pp. 92-93, corsivo nostro).

³⁸ «[A]gli individui colpiti dalla legge incostituzionale non è di regola attribuito anche il potere giuridico di iniziare il procedimento che conduce all'esecuzione di [...] sanzioni. Di fronte ad un atto amministrativo che leda la libertà o l'eguaglianza garantita dalla costituzione o di fronte ad una sentenza di questo tipo, cioè di fronte ad una norma individuale prodotta sulla base di una legge incostituzionale, se soltanto l'individuo immediatamente colpito da questa norma individuale ha il *potere giuridico di iniziare, con un reclamo o un ricorso, un procedimento* che conduce all'abrogazione di questa norma individuale, il diritto o la libertà fondamentale in questione è *un diritto soggettivo* dell'individuo nella misura in cui l'annullamento della norma individuale implica l'annullamento della legge incostituzionale per il caso concreto, ovvero è in qualche modo collegata con un annullamento generale della legge incostituzionale» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 148-149; trad. it. cit., p. 167, corsivo nostro).

