

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Isabel Trujillo

(a cura di)

Storie dei diritti umani

G. Giappichelli Editore

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

collana diretta da

FRANCESCO D'AGOSTINO, FRANCESCO VIOLA

SALVATORE AMATO e ISABEL TRUJILLO

Settima serie – 138

Comitato scientifico internazionale

Jesús Ballesteros (Università di Valencia); Chantal Delsol (Università di Marne-La-Vallée); Paulo Ferreira da Cunha (Università di Porto); John M. Finnis (Università di Oxford); Robert P. George (Università di Princeton); Carlos Massini Correas (Università di Mendoza); Andrés Ollero (Università Rey Juan Carlos, Madrid); Günter Virt (Università di Wien); Yves-Charles Zarka (Università di Paris Descartes).

Procedure di valutazione

Le procedure per la valutazione dei testi ai fini della pubblicazione nella collana “*Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia del diritto*” si ispirano ai principi di trasparenza, autonomia e competenza dei revisori.

I testi presentati devono soddisfare i criteri di rilevanza scientifica del tema, originalità ed innovatività della trattazione, conoscenza della letteratura rilevante, rigore metodologico, approccio critico. La revisione, che dovrà esprimersi su ognuno dei suddetti punti, si conclude con un giudizio complessivo del revisore, che dovrà dichiarare se a suo parere il testo è accettato, accettato previa revisione (da indicare espressamente), non accettato.

Gli autori che desiderano inserire un lavoro in “*Recta Ratio*” devono inviarne copia ad ambedue i direttori. Questi, con l’ausilio del Comitato scientifico, preliminarmente giudicano dell’ammissibilità del volume proposto per la pubblicazione nella Collana. Se la valutazione è positiva, si procede alla revisione tra pari (*peer review*) secondo il sistema del doppio cieco. Le revisioni devono essere due.

L’assegnazione della revisione è compiuta dai direttori di comune accordo sulla base della competenza nella materia trattata. Almeno una delle due revisioni deve essere effettuata da un competente del settore scientifico degli insegnamenti propri della “*filosofia del diritto*”.

Il volume sarà accettato per la pubblicazione solo se il parere di entrambi i relatori è positivo. Nel caso di discordanza netta sull’accettazione si procederà ad una terza revisione. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione senza condizioni e l’altro sia per l’accettazione con modifiche, prevarrà il parere di quest’ultimo. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione con modifiche e l’altro per la non accettazione, si procederà ad una terza revisione.

Qualora i revisori richiedano modifiche, i direttori valuteranno se le modifiche richieste siano state adeguatamente recepite.

“Bisogna che sia determinata qual è la retta ragione
e qual è la misura che la definisce”
(Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1138b).

Il principio della *recta ratio* ha attraversato la storia del pensiero umano, suscitando reazioni contrastanti. Da criterio di verità delle azioni umane per Aristotele a criterio puramente soggettivo e inesistente in *rerum natura* per Hobbes. In ogni caso, la problematica che esso solleva non può essere elusa o sottovalutata, poiché chiama in causa due dimensioni fondamentali della esperienza umana che costituiscono il nucleo essenziale di riflessione di ogni filosofia pratica.

Innanzitutto si tratta di sapere quale criterio di misura debba avere l'azione dell'uomo: come si possa distinguere una scelta o una decisione razionale dal mero arbitrio. Se si vuole salvare la comunicazione intersoggettiva e con essa la convivenza sociale, è necessario che vi sia una qualche misura comune della condotta umana, una misura che valga per ogni uomo.

La *recta ratio* non è solo criterio di azione, ma è anche disposizione interiore: è il criterio in rapporto al quale ogni uomo costruisce (o distrugge) la sua identità. Nella tradizione classica, essa, come tale, veniva infatti collegata alla virtù. Anche chi non ama riconoscersi in tale tradizione non può non ammettere che la ragion pratica esige comunque un'attenzione anche per i singoli soggetti e per le situazioni particolari che essi sperimentano. Quali sono le virtù che devono caratterizzare nel mondo di oggi non solo l'operare del giudice e del giurista, ma anche quello del cittadino?

Attraverso indagini scientifiche e materiali didattici, questa collana si propone pertanto di contribuire a rinnovare l'inesauribile ricerca di questa misura comune e di questa disposizione interiore nell'ambito delle regole e delle azioni giuridiche.

In copertina:

JOSÉ MARIA SERT Y BADIA (1876-1945), *La lezione di Salamanca*, olio e oro su tela.

Isabel Trujillo
(a cura di)

Storie dei diritti umani



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3927-5

Pubblicazione co-sostenuta con un contributo assegnato dalla Fondazione Sicilia di Palermo.



Pubblicazione realizzata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo (Fondi Dottorato di Ricerca Internazionale in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti").

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
Introduzione di <i>Isabel Trujillo</i>	1
Diritti, storia, critica di <i>Martti Koskenniemi</i>	15
I diritti umani e la tradizione tomista di <i>Annabel Brett</i>	43
I diritti umani e la crisi del liberalismo di <i>Samuel Moyn</i>	71
Diritti umani, diritti culturali e <i>copywrongs</i> di <i>Fiona Macmillan</i>	101
La natura dei diritti umani e il loro fondamento di <i>Francesco Viola</i>	131
I diritti umani e lo <i>ius gentium</i> del nostro tempo di <i>Isabel Trujillo</i>	145
Venticinque anni di diritti umani di <i>Francesco Viola</i>	165
<i>Gli autori e le autrici del volume</i>	175

LA NATURA DEI DIRITTI UMANI E IL LORO FONDAMENTO

di *Francesco Viola*

Sommario:

1. Fondazione teorica o pratica? – 2. I diritti umani e il processo di positivizzazione. – 3. I diritti umani come diritti naturali. – 4. I diritti umani come diritti istituzionali. – 5. I diritti umani come pratica sociale.

1. Fondazione teorica o pratica?

Siamo soliti pensare che il modo di fondare i diritti umani dipenda dalla concezione etica e filosofica di fondo o da quelle visioni che Rawls ha chiamato “dottrine comprensive”. Ci si è, pertanto, rallegrati che, nonostante l’insuperabile pluralismo etico, si sia arrivati ad una convergenza sui diritti umani, sia essa frutto di un *overlapping consensus* o di una comunanza sui valori fondamentali della vita umana e sulla necessità di una loro protezione politica e giuridica. Pur non intendendo mettere in dubbio la validità di questa convinzione, vorrei mettere in luce un suo punto debole o un aspetto rilevante da essa trascurato: il modo di fondare i diritti umani dipende anche dal modo d’intenderli o di concepirli.

Prima di andare alla ricerca dei fondamenti dei diritti umani, bisogna sapere cosa essi sono. Nonostante la banalità di questa considerazione, i suoi effetti sono, da una parte, quelli di una semplificazione della problematica fondazionale, ma dall’altra quelli di una sua complicazione. Di una semplificazione, in quanto molti conflitti a proposito della fondazione sarebbero evitati quando ci si accorge che si tratta di cose diverse. Di una complicazione, perché la supposta convergenza sui diritti ne risulta messa in discussione, ove ci si accorga che con la stessa espressione s’intendono cose diverse.

Si potrebbe osservare che è pur sempre la concezione di sfondo a veicolare il modo d'intendere i diritti. Questo non solo è possibile, ma spesso si verifica. E tuttavia, qualora fosse necessariamente così, allora qualsiasi forma di dialogo sarebbe impossibile e ognuno sarebbe murato nella propria concezione della vita umana senza che vi siano né porte né finestre. Ma la cultura, invece, genera forme di vita comune e relazioni sociali che assumono una loro identità a dispetto degli intenti di coloro che hanno contribuito e cooperato alla loro edificazione. Senza dubbio si tratta di creazioni umane che si nutrono di convenzioni, di consuetudini, di modi comuni di fare e di agire, ma esse sfuggono al pieno controllo di coloro che partecipano all'interazione sociale, tanto da svilupparsi in modo autonomo e spesso imprevedibile. I diritti umani appartengono a questa categoria di entità.

Quando i coloni americani proclamarono che tutti gli uomini sono eguali nei diritti, non pensavano certamente ai loro schiavi neri, e non furono di certo le dottrine comprensive allora dominanti a favorire l'abolizione della schiavitù, nonostante il loro carattere religioso. Al contrario fu la logica interna dei diritti a richiedere un aggiustamento o una revisione della dottrina. I diritti umani non sempre sono quelli che desideriamo che siano o quelli che le nostre visioni antropologiche ed etiche accettano come tali. I diritti umani sono al contrario un banco di prova per la nostra concezione della vita buona.

Considerare i diritti umani come una realtà culturale da constatare e descrivere prima ancora di discutere del suo fondamento, non implica necessariamente una conclusione relativistica. Non tutto ciò che appartiene alla cultura è per ciò stesso cosa buona. Conseguentemente, non tutti i diritti umani sono cosa buona e giusta per il fatto stesso che sono considerati tali. Resta intatto il carattere critico della problematica fondatale che è quello che veramente importa. La creazione umana, a differenza di quella divina, non parte mai dal nulla, ma sempre da presupposti che alla fin dei conti ne governano la correttezza. Il fatto che i diritti umani seguano il loro corso non significa che siano sottratti alla critica etica e al dibattito pubblico, poiché si tratta di stabilire ciò che è dovuto per il rispetto della dignità umana. In questo senso i diritti sono doveri degli esseri umani nei confronti degli esseri umani. Non è vero – come alcuni sosten-

gono – che l’etica dei diritti possa fare a meno dei doveri e di fatto ne abbia fatto a meno, anche se è vero che li abbia intesi in un ruolo subordinato o derivato¹.

Pertanto, la problematica fondazionale ha due compiti, che è bene tenere distinti: quello della natura dei diritti in generale e quello della giustificazione dei singoli diritti in particolare. Si tratta di una distinzione e non già di una separazione, perché è ovvio che nella giustificazione dei singoli diritti pesa il modo di concepire la natura dei diritti. Tuttavia è vero anche che non avrebbe senso parlare della natura dei diritti senza – come s’è già detto – prendere le mosse da quella realtà culturale che essi già sono. È proprio questa “natura” o questo “dato di fatto” che bisogna innanzi tutto spiegare, rinunciando a dissolverlo o nel fondamento ontologico, che va alla ricerca della fonte originaria dei diritti (metafisica o empirica), o nel fondamento gnoseologico, che risiederebbe in verità evidenti o in argomenti irresistibili. In questa luce le teorie fondative dei diritti appaiono irrimediabilmente astratte e ben poco illuminanti².

2. I diritti umani e il processo di positivizzazione

Alla fin dei conti, se vogliamo tirare le somme del complesso e articolato dibattito sul fondamento dei diritti umani, dobbiamo constatare che è ancora intrappolato nell’alternativa originaria: i diritti sono riconosciuti o attribuiti? Sono il riconoscimento dei diritti naturali degli esseri umani oppure sono frutto della volontà umana e delle istituzioni politiche? Finché non si uscirà da questo dilemma, non si sarà in grado di descrivere adeguatamente la natura dei diritti umani.

Bisogna partire dalla constatazione che i diritti umani, a differenza dei diritti naturali³, sono diritti positivi, non solo per-

¹ F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, capp. VII e VIII.

² Per una rassegna sommaria delle teorie fondative rinvio al mio *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., cap. XI.

³ F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, in F. BOTTURI-R. MORDACCI (a cura di), *Natura in etica. Annuario di Etica 6*, Vita e Pensiero, Milano 2009, pp. 69-92.

ché sono contenuti in documenti giuridici ufficiali a cominciare dalla *Dichiarazione universale* del 1948, ma anche perché sono di fatto praticati, cioè applicati sul piano giurisprudenziale e dotati di un consenso diffuso sul piano domestico ed internazionale. Tuttavia la positività di cui qui si parla deve essere intesa in modo dinamico, e non già nella forma statica e compiuta in cui tradizionalmente (ed erroneamente) è stata considerata la legge. Per questo preferisco parlare di “positivizzazione”. I diritti umani sono un processo di positivizzazione.

La positivizzazione è una determinazione di qualcosa di preesistente, che a sua volta è stato il risultato di una precedente determinazione. Certamente c'è un punto di partenza o un principio dell'intero processo, ma esso, nell'atto stesso in cui è appreso e formulato dalla ragion pratica, riceve una qualche specificazione che inevitabilmente ne riduce la potenzialità originaria, ma che è la base di ulteriori determinazioni. In tal modo i principi pratici entrano a far parte della storia e della cultura umana e si allontanano dalla natura, che tuttavia resta come riserva di riserva e anche come limite.

È importante precisare la natura di queste determinazioni, che non devono essere intese né come arbitrari atti di volontà, ma neppure come deduzioni logiche necessarie e quindi obbligate. Sono frutto di interpretazioni e argomentazioni, non di rado di deliberazioni, in cui v'è una scelta tra più soluzioni possibili, tutte legittime. Non c'è scelta tra il bene e il male, ma tra il più o il meno buono, adeguato o conveniente. Come si sa, nel campo della ragion pratica spesso non v'è un'unica risposta giusta, anche perché v'è l'influsso inevitabile delle circostanze. Insomma, per comprendere la natura di queste determinazioni bisogna rigettare la rigida separazione tra intelletto e volontà, quale è quella strenuamente difesa da Kelsen⁴.

Il cammino dei diritti è molto articolato. La sequenza delle tappe del loro sviluppo è la seguente: valori-principi-norme. Nascono come valori propri della persona umana, che avanzano pretese di giustizia; si trasformano in principi giuridici al fine di rendere praticabili i valori nei contesti sociali; generano nor-

⁴F. VIOLA, *Hans Kelsen and Practical Reason*, in P. LANGFORD ET AL. (a cura di), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer International Publishing AG, Cham 2017, pp. 121-139.

me il cui contenuto è l'attribuzione di poteri giuridici e l'imposizione di doveri giuridici, affinché i diritti siano esercitati e rispettati⁵.

Se ci chiediamo dove propriamente si trovino i diritti, dobbiamo rispondere che il loro concetto è realizzato pienamente solo dall'intera sequenza. I valori sono ragioni prevalenti, ma non sono ancora diritti, perché non riguardano relazioni sociali; i principi giuridici sono una promessa e un impegno sociale e giuridico nei confronti della dignità della persona e generano relazioni sociali; le norme sono i mezzi giuridici di esercizio dei diritti senza i quali avere un diritto diventa un'espressione retorica.

Il giurista prende le mosse da quest'ultimo stadio per sapere di quale diritto si tratti, ma l'esplorazione giuridica lo conduce a risalire la sequenza per trovare infine nel valore le ragioni del diritto e comprendere meglio così il tipo di poteri attribuiti e il modo in cui debbono essere esercitati. Infatti, i poteri e i doveri debbono essere quelli e solo quelli strettamente necessari per rendere effettivo il diritto. Poiché il giurista è interessato in primo luogo alle norme e alle forme di tutela giuridica, è portato a pensare che gli stessi diritti non siano altro che la trasformazione in forma sostanziale di forme di protezione giuridica (*remedies*), mentre in realtà si tratta della trasformazione in forma procedurale di ragioni normative per rendere giustizia alle persone. La vera comprensione dei diritti si ha quando si passa dalla loro considerazione come poteri alla loro considerazione come fini.

Bisogna, dunque, resistere alla tentazione di andare alla ricerca di ciò che in questo processo costituisce il nucleo essenziale dei diritti e ne definisce il concetto. I diritti umani si definiscono sulla base di tutto il processo della loro positivizzazione.

3. I diritti umani come diritti naturali

Alcuni fanno risiedere la definizione dei diritti nei valori fondamentali che sono propri della dignità umana e parlano di ine-

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 31, 2, 2002, pp. 865-897.

renza dei diritti all'essere umano come tale, facendo appello al *Preambolo* della Dichiarazione universale e all'art. 1 per cui gli uomini "nascono" liberi ed eguali⁶. Abbiamo diritti in virtù e per il fatto stesso della nostra umanità. Ma questo significa considerare i diritti umani come i diritti naturali della tradizione illuministica. È vero che il linguaggio dei diritti naturali è ben presente soprattutto nella suddetta Dichiarazione, poiché è l'unico a disposizione nel momento della formazione della pratica dei diritti umani. D'altronde è ovvio che vi sia un'aria di famiglia tra le tradizioni dei diritti, poiché la storia lavora sempre sulla trasformazione del passato⁷. Ma la pratica dei diritti umani si è sviluppata in modo diverso da quella dei diritti naturali. Non si tratta solo di prendere le distanze dall'essentialismo tipico dei diritti naturali⁸, ma anche e soprattutto di cogliere la novità concettuale dei diritti umani.

A questo fine bisogna chiedersi perché si sia ritenuto necessario por mano ad una nuova lista di diritti considerati come un inderogabile presidio della dignità umana. Cosa ha spinto verso una reiterata determinazione di questi principi? A mio parere la risposta è semplice, ma le sue implicazioni sono molto più complesse di quanto solitamente si creda.

Appare evidente che si sia consapevolmente voluto iniziare un processo di positivizzazione che è diretto verso la piena implementazione dei diritti, sia nel senso di una sempre più precisa individuazione dei responsabili nella protezione dei diritti, sia nel senso di una sempre più adeguata predisposizione dei mezzi di tutela giuridici e politici. È vero che la Dichiarazione universale è un documento di *soft law*, perché tra l'altro non prevede alcuna sanzione, ma già individua almeno negli Stati contraenti i responsabili della tutela della dignità umana nei con-

⁶ Cfr., ad esempio, J. MORSINK, *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2009.

⁷ Per una storia dei diritti che tiene conto di questa continua rilettura della tradizione cfr. A. DAVIDSON, *The Immutable Laws of Mankind. The Struggle for Universal Human Rights*, Springer, Dordrecht 2012.

⁸ Secondo Morsink ciò basterebbe per una differenziazione tra diritti naturali e diritti umani, anche se è ben difficile sganciare la dottrina dell'inerenza dall'essentialismo.

fronti dei loro cittadini e di tutta quanta la Comunità internazionale, e questo è il primo passo dell'implementazione dei diritti. Se non fosse così, tale Dichiarazione non sarebbe stata un documento propriamente giuridico, ma solo un pio e compassionevole omaggio alle vittime dell'Olocausto, come d'altronde alcuni degli Stati firmatari pensavano e volevano.

La drammatica esperienza dell'Olocausto, che è stata indubbiamente il motore primo della pratica dei diritti umani, ha risvegliato la coscienza dell'umanità non solo riguardo alle gravissime ferite inferte a tutto ciò che è umano, ma anche riguardo ai responsabili di questi crimini e all'inadeguatezza dei mezzi giuridici dello Stato di diritto ottocentesco. D'altronde una vera e propria coscienza morale non solo giudica ciò che è bene o male, ma anche s'indigna e di conseguenza conduce ad agire. Se vogliamo far risiedere nella coscienza dell'umanità la dimensione epistemologica dei diritti umani, dobbiamo intenderla pur sempre nell'ottica della ragion pratica, cioè del conoscere per agire. Voglio dire che l'aspetto dell'implementazione dei diritti umani è già *in nuce* contenuto nell'atto della loro comprensione.

Poiché l'esperienza delle due guerre mondiali ha dimostrato che le violazioni più gravi dei diritti umani di fatto sono venute dagli Stati, la Dichiarazione universale e i successivi Patti internazionali si rivolgono agli Stati come soggetti obbligati in prima istanza al rispetto di tali diritti in tutte le forme possibili. Questi doveri non sono meramente morali, né tantomeno supererogatori, ma sono strettamente giuridici e devono esserlo anche sul piano della piena effettività. Quando ciò non avviene, non direi – come sostiene Luigi Ferrajoli – che il sistema giuridico presenta una lacuna, ma piuttosto che esso contiene una promessa non mantenuta o un processo ingiustificatamente interrotto.

Il cammino dei diritti umani ha evidenziato che la minaccia per i diritti non viene solo dagli Stati, ma da tutte le concentrazioni di potere, economico e politico. A sua volta la responsabilità di proteggere si estende ora alle Organizzazioni internazionali e alla Comunità internazionale nel suo complesso, anche se l'individuazione specifica degli obbligati è sempre più complessa e incerta. Comunque ciò permette di distinguere ancor più chiaramente i diritti umani dai diritti naturali.

I diritti naturali sono pensati come universali in riferimento al loro titolare o beneficiario, ma non già per quanto riguarda gli obbligati. Il loro rispetto è compito interno degli Stati solo nella misura in cui il patto sociale ha loro conferito il potere e l'obbligo della tutela. Sono, dunque, gli stessi titolari dei diritti che determinano i doveri dei governanti, creando degli obblighi speciali legati alla cittadinanza⁹. Non è così per i diritti umani. La pratica che li riguarda è sorta da un accordo tra gli Stati riguardante il riconoscimento congiunto di obblighi nei confronti degli esseri umani come tali. Gli attori non sono gli individui titolari di diritti, ma gli obbligati, cioè gli Stati e progressivamente tutta la Comunità internazionale; i destinatari non sono i cittadini ma tutti gli esseri umani come tali. Non si tratta di obblighi speciali, come quelli legati alla cittadinanza, ma obblighi generali nei confronti dell'umanità come tale e assunzioni di responsabilità di carattere tendenzialmente universale, cioè di tutti verso tutti¹⁰. Efficacemente s'è detto che «human rights are standards for domestic institutions whose satisfaction is a matter of international concern»¹¹. Questo non si può affermare per la tradizione dei diritti naturali, la cui implementazione è solo una questione interna degli Stati che li hanno riconosciuti.

Dunque, i diritti umani indicano il valore che ogni vita umana deve avere agli occhi degli altri¹², cioè in primo luogo agli occhi delle istituzioni nazionali e internazionali e, più in generale, dei poteri politici ed economici. La giuridificazione ha senso in quanto – come nota Hart – ascrive diritti e responsabilità. La pratica internazionale dei diritti umani è sorretta dall'idea

⁹ Per una discussione critica del dogma della preferenza per i connazionali e della tesi che l'eguaglianza ha sede solo all'interno di una comunità politica cfr. I. TRUJILLO, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, il Mulino, Bologna 2007.

¹⁰ È vero che anche le dichiarazioni americane e quella francese avevano un carattere universale, ma avevano una portata solo nazionale, erano forme di auto-obbligazione e non già un impegno pattizio di carattere internazionale.

¹¹ CH.R. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 128.

¹² Cfr. S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), Cortina, Milano 2006.

che la responsabilità nei confronti del rispetto e della tutela dei diritti umani riguarda non solo gli Stati singolarmente considerati e la Comunità internazionale nel suo complesso, ma anche tutti quei poteri che sono in grado di minacciare e di proteggere la dignità umana. Ciò significa che essa tende ad assumere un carattere cosmopolitico. D'altronde una responsabilità giuridica universale è il principio dell'implementazione adeguato all'universalità dei diritti presa sul serio¹³. Questo profilo è del tutto assente nelle teorie dei diritti naturali ed ora dobbiamo cercare di comprenderne le implicazioni.

4. I diritti umani come diritti istituzionali

Sul versante opposto si sostiene che, essendo i diritti umani diritti positivi a tutti gli effetti, esistono solo quando soddisfano tutte le condizioni necessarie per la loro piena efficacia giuridica, cioè quando si siano individuati per legge coloro che hanno il dovere giuridico di rispettarli e di proteggerli, siano dotati di garanzie e di sanzioni adeguate e vi siano procedure giudiziarie che le applichino. In mancanza di tutto ciò siamo di fronte a diritti di carta, a pretese velleitarie, a vuota retorica o, se vogliamo, a ragioni morali ma non propriamente giuridiche, come lo sono soltanto quelle sottostanti ai c.d. "moral rights". In questo contesto parlare di una responsabilità universale non è molto diverso che affermare che nessuno è responsabile del rispetto dei diritti umani.

Questa linea di pensiero è stata giustamente accusata di fallacia dell'implementazione (*the fallacy of implementation*). «To commit the fallacy of implementation is to say that without such (obviously desirable) practices and customs human rights do not exist»¹⁴. Conseguentemente, in una società in cui sono assenti i mezzi giuridici per il rispetto dei diritti non sono presenti del tutto i diritti umani, in quanto essi non sono soltanto

¹³ Questa rilevanza della responsabilità nella concezione dei diritti umani è sottolineata dall'enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2009, §. 43.

¹⁴ J. MORSINK, *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, cit., p. 48.

pretese giustificate, ma anche necessariamente unite a ciò che può soddisfarle sul piano giuridico¹⁵. Come si può facilmente notare, questa linea di pensiero fa risiedere il nucleo concettuale dei diritti umani nella volontà delle leggi che li riguardano e non già in una pregiuridica inerenza nell'essere umano come tale o in supposti diritti naturali.

È evidente che in questa concezione dei diritti umani la positività è intesa come piena loro determinazione e non già come processo ovvero come positivizzazione. A rigore la piena determinazione si avrebbe solo quando si specificano i diritti che in concreto si hanno, esercitandoli senza impedimenti o in seguito a decisioni giudiziarie. Come sappiamo, le liste dei diritti hanno necessariamente un carattere molto astratto e ancora troppo indeterminato, tant'è che possiamo considerarli solo come *prima facie rights*. I diritti che effettivamente si posseggono lo si vede solo nella situazione concreta quando si pretende di esercitarli in casi particolari. Solo allora, tutto considerato, si determinano gli spazi reali di libertà, il carattere e la natura dell'oggetto dei diritti, cioè dei beni che li riguardano, il tipo di relazione intersoggettiva richiesta e l'esito del conflitto di diritti (*final rights*). Tuttavia la concezione statica della positività non si può spingere sino a questo punto. Essa si ritiene soddisfatta quando i diritti sono previsti da documenti legislativi, a partire dal livello costituzionale, e sono protetti da procedure giuridiche. Prima di questo grado d'implementazione non vi sarebbero propriamente diritti umani, ma un insieme pregiuridico che ne costituisce l'incubazione. Senza leggi non vi sarebbero diritti.

Come l'implementazione non si compie con i testi legislativi, così non comincia solo a partire da essi. Come s'è già detto, già il riconoscimento degli Stati e della Comunità internazionale dell'obbligo di proteggere i diritti umani è il primo passo dell'implementazione dei diritti, anche se non è accompagnato da garanzie giuridiche. Nella ragion pratica la conoscenza è finalizzata all'azione. Riconoscere che qualcosa è un bene vuol dire necessariamente impegnarsi a realizzarlo (*bonum faciendum est*). L'istanziamento dei diritti è già il primo passo della loro implementazione. Certamente il processo potrebbe essere interrotto,

¹⁵ R. MARTIN, *A System of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1993, p. 84.

e sappiamo che lo è stato anche troppe volte, ma le promesse non mantenute restano pur sempre esigibili. La fallacia dell'implementazione non risiede – come pensa Morsink – nel non separarla adeguatamente dall'istanziamento dei diritti, ritenuta sufficiente per la loro esistenza dalla teoria dell'inerenza, ma nel non saper cogliere la portata “pratica” del riconoscimento astratto di diritti. Del pari alla teoria dell'inerenza dei diritti in virtù della sola umanità, o dei diritti naturali, si può imputare quella che possiamo chiamare la “fallacia dell'origine”. Essa consiste in una forma di oggettivismo etico che non presta attenzione ai soggetti per cui qualcosa vale o ha valore e, conseguentemente, che non è in grado di vedere già nel riconoscimento un principio di azione.

I diritti umani sono un processo di positivizzazione dall'inizio alla fine, dal riconoscimento alla piena implementazione. La ragion pratica opera per successive determinazioni sin dal momento dell'apprensione del bene da compiere e della sua formulazione. L'identità dei diritti umani rispetto alle altre famiglie di diritti consiste propriamente nel poter essere adeguatamente spiegati solo come un'opera della ragion pratica.

5. I diritti umani come pratica sociale

Per queste ragioni ho più volte sostenuto che i diritti umani sono una pratica sociale, così com'essa è intesa dal suo maggiore teorico, cioè Alasdair MacIntyre¹⁶. Questo potrebbe sembrare contraddittorio, in quanto MacIntyre stesso ha considerato i diritti umani come creazioni fantasiose degli illuministi al pari degli unicorni, prova ne sia – secondo MacIntyre – che non c'è traccia di questi diritti, che l'uomo avrebbe per il solo fatto di essere umano, fino al 1400¹⁷. Ma è evidente che MacIntyre ha erroneamente identificato i diritti umani con i diritti naturali della modernità e da questo punto di vista ha ragione nel non con-

¹⁶ I. TRUJILLO-F. VIOLA, *What Human Rights Are Not (or Not Only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publishers, New York 2014, pp. XI-XIV.

¹⁷ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, III ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame 2007, p. 69.

siderarli assimilabili ad una pratica sociale. Ma non è così. I diritti umani non sono una concettualizzazione astratta, ma una formazione culturale trasversale del nostro tempo, sostenuta da una coscienza storica attivata dall'esperienza di gravissime ingiustizie e da orribili violazioni della dignità umana. Possiamo anche considerarli come un esempio di *ius gentium* del nostro tempo.

Se assumiamo la pratica sociale come il modello che ci aiuta a comprendere la natura dei diritti umani, allora dobbiamo guardare alla pratica stessa per affrontare il tema della loro fondazione. In quest'ottica tale questione si pone in modo diverso rispetto alla visione tradizionale.

Innanzitutto, una pratica sociale giustifica la sua esistenza per il fatto stesso che si constata come effettivamente operante. In questo senso parlare di fondazione deve essere bene inteso, perché la questione centrale diviene quella dell'esercizio corretto di tale pratica, cioè della sua attuazione nel miglior modo possibile o della sua eccellenza. La fondazione è chiamata in causa non già per l'esistenza, ma per l'esercizio dei diritti umani. Pertanto, l'affermazione di Norberto Bobbio, per cui non è tanto importante fondare i diritti umani quanto piuttosto proteggerli¹⁸, rispecchia ancora il fondazionalismo tradizionale. L'esperienza ha ampiamente dimostrato che la protezione dei diritti attiva un dibattito sulla loro fondazione.

A questo fine bisogna non solo distinguere gli elementi costitutivi di una pratica sociale, ma anche configurare la loro interazione virtuosa. Una pratica sociale si compone di comportamenti cooperativi che appartengono ad un orizzonte comune, di una partecipazione intenzionale a quest'impresa comune, d'interpretazioni e di applicazioni che riguardano regole in qualche modo ufficiali e, non da ultimo, di valori che costituiscono i fini intorno a cui una pratica s'è intessuta e costituita.

Ognuno di questi elementi ha la sua condizione di validità e di effettività. I comportamenti cooperativi, che sono la materia della pratica, si constatano, le intenzioni si desumono, le interpretazioni si controllano, le argomentazioni si saggiano, le regole da seguire si accertano e quelle effettivamente seguite si

¹⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 16.

costruiscono *a posteriori*, i valori e i fini si giustificano. Ognuna di queste “fondazioni” ha il suo criterio interno di validità e di effettività, ma la pratica come tale non risiede in nessuna di esse singolarmente considerate. È il risultato della loro convergenza storica e della loro interazione.

Certamente i valori ed i fini hanno un ruolo privilegiato in quanto costituiscono quella ragion d'essere della pratica dei diritti che conferisce ad essa la sua identità. La loro giustificazione resta aperta sia alla tesi ontologica, che guarda all'essere umano come tale, sia a quella epistemologica, che fa ricorso alla loro evidenza, sia a quella politica e istituzionale, che vede in essi pur sempre operante la volontà umana. I diritti si hanno in virtù della propria umanità o in virtù della natura del governo e della società politica? Questo dibattito resta aperto ed è ben lungi dall'essersi esaurito, ma in ogni caso, se si resta sul piano puro e semplice dei valori, si potrà parlare di diritti solo per metonimia. Non basta affermare l'esistenza di valori fondamentali legati alla dignità umana per dar vita a veri e propri diritti umani. Occorre che quest'affermazione appartenga ad un contesto pratico, per quanto embrionale esso possa essere. Pertanto, si può accettare la tesi che i diritti umani devono la propria esistenza al fatto di essere in effetti praticati, ma a condizione che si ammetta che il loro riconoscimento e la loro protezione sono “dovuti”. Ma allora, se questi venissero meno, non vi sarebbero diritti umani? Esatto! Ma resterebbero doveri non riconosciuti e disattesi, e soprattutto gravi offese alla dignità umana.

La pratica dei diritti umani è una grande impresa storica volta ad umanizzare il mondo degli esseri umani e ad adeguarlo al compito più arduo, quello del rispetto della loro stessa dignità.