

FRANCESCO VIOLA

---

## Problemi aperti

*Abstract:* The conclusive remarks are not only the opportunity of a warm thanksgiving to all those who have taken part in the debate, but also an attempt to indicate some crucial problems for the research in legal philosophy in the future: 1) legal interpretation and practical reasoning, 2) human rights and moral cognitivism, 3) the evolution of the political community and the idea of a fair social cooperation. These topics – on which the discussion is open – are not separate, but they take form in a common framework characterized from the political point of view by pluralism, multiculturalism and globalization, and from the legal point of view by the erosion of national sovereignty, the evolution of international law and the centrality of adjudication.

*Keywords:* Legal Interpretation – moral cognitivism – practical reason – human rights – political community.

Il solo fatto di avere incontrato tanti cari amici che sembravano sinceramente interessati alla mia persona e alla mia attività accademica è stato per me tanto gratificante ed appagante da spegnere ogni desiderio di rintuzzare le loro obiezioni, persino quelle più radicali. Al contrario è sorta in me l'insana propensione di dare loro ragione su tutto. Non sono mai stato molto sicuro delle tesi che pure ho difeso con passione. Più esattamente sarebbe meglio dire che non sono mai stato molto soddisfatto di come ho difeso le tesi di cui pure sono sicuro. Tuttavia, finché una dimostrazione non è soddisfacente, allora un'ombra di dubbio ricopre anche la stessa tesi da dimostrare. Ho sempre invidiato coloro che non hanno dubbi, persino anche quando sono relativisti o scettici. Io sono pieno di dubbi e scrivo per guarire da questa malattia. Ma più scrivo, più sono insoddisfatto e so bene che anche i miei pochi lettori lo sono.

Questa mia condizione esistenziale di dubbioso non ha implicato soltanto inconvenienti sul piano teorico, ma anche sul piano pratico dei rapporti umani. Infatti, essa produce un'irresistibile attrazione verso coloro che hanno orienta-

Francesco Viola è professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università di Palermo. Email: francesco.viola@unipa.it. Indirizzo: c/o DIGISPO, Sezione Diritto e Società, Piazza Bologni 8, 90134 Palermo.

menti filosofici opposti ai miei. Di conseguenza, sospetto fortemente che alcuni mi considerino un doppiogiochista. E questo mi dispiace, ma non sono appagato dal consenso di coloro che pensano come me. È come se mi guardassi allo specchio per darmi ragione. È inutile dire che quelli che non pensano come me non mi danno ragione affatto, come è palese in alcuni degli scritti qui raccolti. Tuttavia a volte mi prendono sul serio, anche perché io li prendo sul serio. E questo è già qualcosa.

A questo punto potrei fermarmi qui, grato per gli elogi che non merito e rassegnato di fronte alle critiche che temo di meritare. Ma sarebbe un atto di scortesia soprattutto nei confronti di coloro che per pura amicizia si sono impegnati nella fastidiosa lettura di alcuni dei miei scritti. In più potrebbe essere inteso come un addio, cioè come un voler uscire da quel dialogo amicale e spesse volte conflittuale senza il quale non v'è ricerca della verità. Una delle poche cose che resta oggi al professore universitario, e che si apprezza particolarmente nel periodo della pensione, è quella dell'indipendenza dall'istituzione in cui pure ha lavorato con dedizione. Non basta il pensionamento a farlo tacere. Ci vuol ben altro! Un risvolto benefico dell'aumento dei pensionati accademici è quello di selezionare, in modo una volta tanto del tutto oggettivo, coloro che sono stati veramente interessati all'oggetto dei propri studi. Si va così formando in modo silenzioso ed invisibile un'università della terza età, questa volta dalla parte dei docenti e non già dei discenti. Mi piace pensare che si tratti di qualcosa molto più vicina a quell'utopica idea di Università che la realtà effettuale implacabilmente smentisce. Se vi fosse quest'Università ideale scritta nel cielo, debbo confessare che con tutti i miei limiti ambirei a farne parte.

Rileggendo ora gli scritti qui raccolti, mi accorgo con piacere che tutti, seppur in diversa misura, si occupano di temi che ho sempre considerato di centrale importanza per la filosofia del diritto. È vero che era ben difficile che ciò non avvenisse, perché ho affrontato troppi argomenti diversi e spesso in forma rapsodica. Odio la specializzazione, perché in filosofia è foriera del riduzionismo, che è spesso una semplicistica scorciatoia di soluzione dei problemi. Tuttavia, se dovessi indicare gli ambiti problematici che più mi stanno a cuore, li individuerei proprio in quelli evidenziati dai miei amici. Si tratta delle tre sfere problematiche dell'interpretazione e della ragion pratica, dei diritti umani e della legge naturale, della cooperazione e della comunità politica.

## 1. Interpretazione e ragion pratica

Sono molto grato a Veronica Rodriguez-Blanco per avere messo a fuoco ciò che mi sta veramente a cuore fin dall'inizio dei miei studi filosofico-giuridici, cioè la ragion pratica<sup>1</sup>. Non è un caso se nel 1989 insieme con Francesco D'Agostino

<sup>1</sup> Ricordo che cominciai ad interessarmi a questo tema dopo la lettura di Palsterman 1961.

abbiamo promosso una collana di testi dedicati alla *recta ratio* e se nel 1992 ho accettato con entusiasmo l'invito degli amici genovesi di dar vita ad una rivista dedicata alla ragion pratica, cioè quella che ora avete davanti agli occhi.

È inutile dire quanto il tema sia controverso. Sulla teoria giuridica pesa ancora oggi quanto un macigno l'ostracismo kelseniano nei confronti della ragion pratica in tutte le sue possibili versioni. Tuttavia, almeno in senso minimale, tutti concordano che nel campo delle azioni umane, a cui il diritto appartiene, la ragione dovrebbe avere un qualche ruolo. Il punto dolente è quello di stabilire quale esso sia o debba essere.

Se si assume che la ragione in senso proprio abbia e debba avere solo una funzione descrittiva di fatti o di norme, allora la teoria giuridica deve eliminare dal suo campo d'indagine la pratica del diritto in quanto tale e presentarsi come normativamente inerte. Le ragioni per cui esiste il diritto non faranno più parte del concetto di diritto e questo è molto strano per un oggetto che è pensato come una creazione artificiale della volontà umana. È forse separabile dal concetto di martello l'idea che serva per piantare chiodi? Allo stesso modo ci si può chiedere: è forse separabile dal concetto di norma l'idea che serva per guidare azioni umane? Certamente è sempre possibile sviluppare indagini descrittive su particolari aspetti dell'esperienza giuridica ed esaminare le norme come fenomeni puramente linguistici, ma bisogna riconoscere che si tratterà sempre di teorie incomplete, cioè incapaci di colpire il centro del bersaglio. Veronica ritiene che una strada più promettente sia quella che prende le mosse dalla *guidance question* e, conseguentemente, dalla ragion pratica. L'alternativa ad essa sarebbe quella di considerare il diritto come un meccanismo puramente causale che produce l'azione voluta dall'autorità mediante minacce di conseguenze sfavorevoli, cioè come una gigantesca macchina di produzione di condizionamenti psico-fisici del comportamento di soggetti che si illudono di essere veri e propri agenti, ma in realtà non intenzionano il fine né scelgono i mezzi. Le teorie descrittive sono spesso accompagnate da questa visione realistica della pratica giuridica, anche se rivendicano la loro indipendenza scientifica. In più, curiosamente, si collegano spesso a dottrine politiche liberali che esaltano la libertà di scelta come valore politico fondamentale.

La *guidance question* non è una soluzione, ma appunto un problema e una sfida che costringe il diritto a rimodellare continuamente se stesso per tentare di rispettare in qualche modo l'*agency*, cioè la possibilità di un'azione consapevole e libera in un contesto in cui alcuni uomini stabiliscono come altri uomini devono comportarsi. «Guidare un'azione» si riferisce non solo al modo in cui l'autorità dirige le azioni di coloro che sono soggetti ad essa, ma anche al modo in cui questi governano se stessi nella vita sociale. Anzi, questo secondo senso è prioritario, in quanto è per permettere che agenti liberi e consapevoli possano conservare ed esercitare le proprie prerogative morali che l'autorità deve governare mediante il diritto. Essa, producendo norme, produce ragioni

per l'azione di altri. In tal modo il diritto tutela la possibilità dell'agire morale nella vita sociale, cioè quella che Lon Fuller chiama *purposive human activity*. Senza questo presupposto il diritto stesso perde la sua specificità rispetto agli altri metodi di controllo sociale. Il posto dei legislatori, dei giudici e dei giuristi può essere occupato senza perdita, anzi con guadagni, dai manager, dagli psichiatri e dai tecnocrati. Vi sono, infatti, aspetti del diritto che possono essere spiegati solo alla luce della *guidance question*, primo fra tutti l'appello ai principi formali del *rule of law* e poi tanti altri vincoli posti all'uso delle norme giuridiche.

Il rispetto dell'*agency* nella vita sociale è possibile solo se le norme giuridiche possono costituire parte integrante del ragionamento pratico in cui consiste il processo di deliberazione e non già certamente quando lo impediscono o lo escludono. Non tutte le teorie della norma giuridica sono in grado di soddisfare questa condizione, che più a monte dipende dalla teoria dell'autorità e del modo d'intendere l'obbligo giuridico. Ma gli ostacoli provengono anche da una non adeguata teoria del ragionamento pratico. Veronica si rifà ad Aristotele nell'interpretazione di Elizabeth Anscombe<sup>2</sup> e sa bene che anch'io condivido questa linea di pensiero per cui non mi resta che ribadire solo due aspetti essenziali per la comprensione della ragion pratica.

Ragioni per agire e ragionamento pratico non sono la stessa cosa. Non solo le ragioni per agire possono avere differente natura, poiché anche il desiderio o il piacere o il timore possono essere *ragioni per cui*, ma soprattutto possono operare nel senso di bloccare il processo razionante, com'è il caso delle *exclusionary reasons* di Raz. La ragion pratica non è una ragione per agire tra le altre possibili, ma un processo di giustificazione delle azioni.

Il secondo punto è quello più difficile da accettare per i difensori di una concezione esclusivamente descrittivistica della conoscenza umana. Secondo Aristotele un ragionamento può considerarsi «pratico» non già per il solo fatto di riguardare le azioni umane, ma propriamente quando è volto a determinare l'azione da compiere. Il ragionamento pratico ha per conclusione non già una proposizione, ma un'azione. Di conseguenza la ragion pratica non è una riflessione *sull'azione* umana, ma una riflessione *per l'azione* umana<sup>3</sup>. Una scienza è pratica quando le ragioni per praticarla appartengono all'oggetto da conoscere, mentre nelle scienze teoretiche è proprio il contrario. La ragion pratica ha, pertanto, un carattere normativo e non già puramente descrittivo e si pone dal punto di vista interno di chi s'interroga sull'azione da compiere, perché, nel nostro caso, è un cittadino che vuole esercitare i propri diritti o perché è un giudice che deve

<sup>2</sup> Per una teoria dell'autorità e della normatività del diritto su queste basi rinvio a Rodriguez-Blanco 2014.

<sup>3</sup> Ciò è ben espresso da Tommaso d'Aquino: «...non enim consideratio de agendis vel faciendis pertinet ad intellectum practicum nisi propter agere vel facere». *De virtutibus in communi*, q. un., a.7 ad 1.

decidere se i diritti sono stati violati o sono stati legittimamente esercitati<sup>4</sup>. Può darsi che l'azione di cui si tratta non sia direttamente propria del soggetto che usa la ragion pratica, ma solo da questi preparata, ponendo le condizioni dell'azione di altri, come nel caso del legislatore quando riconosce o attribuisce diritti in astratto. Nella dimensione sociale e politica la ragion pratica è un'impresa cooperativa. Il diritto è un'impresa cooperativa in cui l'agire degli uni può essere compreso solo prendendo in considerazione quello degli altri. Per questo – come nota Ricoeur – «il diritto stabilito, come sistema di regole, non esaurisce il diritto come impresa politica»<sup>5</sup>.

Il mondo della vita pratica è la categoria generale entro cui s'inscrivono il diritto e la morale. La sua caratteristica generale consiste nel fatto che vi sono beni da realizzare o valori a cui partecipare e che ciò avviene mediante azioni, che sono giustificate da ragioni tratte da questi beni e questi valori. Questa visione della ragion pratica è forse incompatibile con il ruolo dell'interpretazione? Veronica lo sostiene, prendendo però in considerazione l'interpretazione come la ricerca del significato di stati mentali altrui. In tal caso si tratterebbe di una prospettiva teoretica e non pratica, perché il fine è quello di conoscere fatti quali sono gli stati mentali o le enunciazioni. Dal punto di vista della ragion pratica l'intenzione non è un significato, ma un esercizio di capacità pratiche insieme conoscitive e normative. È un conoscere qualcosa ed insieme un orientamento verso di essa. Mi sembra di capire che per il suo carattere non pratico l'interpretazione non è adatta a mettere a fuoco la reale portata della *guidance question*. Ma ciò dipende ovviamente dal modo d'intendere l'attività interpretativa. È noto che l'ermeneutica gadameriana prende le distanze dall'interpretazione come diretta all'intenzione psicologica dell'autore fino al punto di considerarlo, secondo la felice espressione di Ricoeur, solo come il primo lettore del testo. Inoltre, la tesi ermeneutica per cui ogni interpretazione è un'applicazione esclude una visione puramente teoretica. Anche Dworkin, seppur in un'altra prospettiva, ha parlato di una *conceptual interpretation* fino al punto da affermare che il ragionamento morale è interpretativo<sup>6</sup>. In entrambi i casi c'è piena alleanza fra interpretazione e ragion pratica.

Possiamo, dunque, pensare che interpretazione e argomentazione siano intrecciate fra loro all'interno del ragionamento pratico non già come momenti o fasi ben distinte, poiché sono indissolubilmente unite dal fine dell'azione da compiere o della decisione da prendere. Tuttavia è vero che l'interpretazione, con

<sup>4</sup> Solo nell'ottica della ragion pratica è possibile cogliere il nesso tra validità e obbligatorietà. Quest'ultima riguarda chi deve porre in essere l'azione. È questi che è obbligato o meno, che ha o non ha un obbligo. La validità riguarda invece ciò da cui bisogna trarre come conclusione gli obblighi che abbiamo, cioè quali sono le premesse giustificate del ragionamento pratico che conduce alla determinazione degli obblighi che abbiamo.

<sup>5</sup> Ricoeur 1996: 82.

<sup>6</sup> Dworkin 2011: cap. 6.

buona pace di Nietzsche e del postmodernismo, presuppone la preesistenza di qualcosa da interpretare, cioè il senso di un testo o la «cosa» di cui si tratta secondo l'ermeneutica oppure i valori come dotati di oggettività secondo la prospettiva di Dworkin. Ciò vuol dire che la produzione di qualcosa di nuovo nel mondo, qual è un'azione, è giustificata dalle risorse che già si trovano nel mondo e che devono messe a frutto attraverso i processi interpretativi e argomentativi.

Non bisogna credere che la ragion pratica sia sufficiente a risolvere la *guidance question* nell'ambito del diritto, come mi sembra che Veronica inclini a ritenere. Ciò significherebbe non distinguere più tra ragionamento morale e giuridico. Le finalità del diritto non sono solo quelle di tutelare l'*agency*, ma anche quelle di realizzare una coordinazione sociale delle azioni dotata di effettività. Le norme morali possono permettersi l'ineffettività, ma non già quelle giuridiche. Per questo – com'è noto – il ragionamento giuridico ha dei vincoli che non sarebbero accettabili sul piano puramente morale. Il discorso pratico a sua volta non è soltanto un intreccio di ragioni in competizione fra loro, ma anche – come ha messo in rilievo Toulmin – un insieme di relazioni sociali in cui le previsioni sul comportamento altrui e le aspettative diventano ragioni per aggiustare il proprio al fine della riuscita della coordinazione. Io credo che il diritto non possa fare a meno dell'interazione strategica anche all'interno dell'interdipendenza normativa. Si dirà che questo non è più un uso puro della ragion pratica. Lo ammetto, ma da seguace dell'ermeneutica preferisco attenermi alle esigenze dell'oggetto di studio piuttosto che a quelle astratte del metodo. Il diritto aspira ad unire il massimo della correttezza argomentativa con il massimo dell'efficacia, da una parte c'è la pretesa di giustizia e dall'altra il principio di ordine. Ma questo è un ideale nei cui confronti il diritto è sempre in difetto in un senso o nell'altro.

Giustamente Giuseppe Zaccaria difende l'ermeneutica giuridica dall'assimilazione alla filosofia postmodernista. Ma non si tratta di negare il costruttivismo dei fatti sociali, a cui il diritto appartiene, ma di essere consapevoli dei suoi limiti e dei suoi vincoli oggettivi. Da parte mia il nuovo realismo di Maurizio Ferraris suscita meno entusiasmi e ancor meno speranze. L'oggetto o i fatti sono visti solo come ciò che limita e si oppone al soggetto, donde l'attrito del reale e la sua «inemendabilità». Questo è troppo poco per l'asserito capovolgimento del rapporto fra epistemologia e ontologia. L'affermazione del primato dell'ontologia sull'epistemologia, seppur in senso minimalistico, mi sembra a dir poco troppo affrettata. Se l'oggetto è percepito come una minaccia per l'espansione della soggettività, nulla cambia per la tendenza dominativa del soggetto. La storia della tecnica è una testimonianza dell'emendabilità di ciò che è stato per secoli ritenuto inemendabile.

Neppure questo realismo minimalista mi sembra sufficiente a garantire la possibilità d'interpretazioni vere e di distinguerle da quelle false. A questo fine non basta il rispetto dei fatti, che per gli oggetti sociali consisterebbero nella loro iscrizione o documentazione, ma occorre che si affermi anche la preesistenza di

un senso dei testi da interpretare. Per l'ermeneutica il fine dell'interpretazione è quello della comprensione del senso, che non è «creato» ma «trovato» dall'attività interpretativa nell'esame delle sue istanziazioni storiche. Ma nulla nel nuovo realismo permette quest'indipendenza del senso dai soggetti interpretanti, che semmai partecipano ad esso o – come dice Gadamer – sono giocati dal gioco.

Infine, resta oscuro nel nuovo realismo il ruolo degli oggetti ideali, cioè del terzo tipo di oggetti accanto a quelli naturali e a quelli sociali. Qual è l'elemento di resistenza degli oggetti ideali? Su cosa si basa la loro «irrevocabilità»? Ferraris esclude che si tratti delle leggi morali o dei valori e forse pensa soltanto alle entità matematiche. Comunque, essi non sembrano interessare l'attività interpretativa, che pure – come ben nota Giuseppe – si serve di schemi normativi dei fatti. Cosa sono questi schemi se non oggetti ideali?

L'intervento di Francesco D'Agostino s'inserisce pienamente, anche se inconsapevolmente, in questa problematica quando nota i rapporti conflittuali, ma la comunanza valoriale, fra i due modelli teorici del tradizionalismo e del giusnaturalismo. In fondo l'ermeneutica gadameriana e l'interpretativismo dworkiano possono essere ritenuti come una riedizione contemporanea di questi due orientamenti antipositivistici. È significativo che la divaricazione fra tradizionalismo e giusnaturalismo sia avvenuta nella modernità e che il tramonto del primo sia stato causato dal razionalismo del secondo e non certamente dal positivismo. In Aristotele al contrario essi convivono, perché la continuità delle forme dell'agire umano è segno della presenza del valore e perché la razionalità chiamata in causa è quella pratica. La rottura di quest'alleanza è esiziale per l'una e per l'altro. Da queste ceneri potrà mai venire qualcosa di buono? Come giustamente nota Francesco, non è certamente guardando all'affermazione attuale delle istanze identitarie collettive, spesso di matrice religiosa, che si può credere ad un ritorno della tradizione, e neppure certamente abbracciando la versione illuministica dei diritti umani che si può sperare in un ritorno del giusnaturalismo. Tuttavia, poiché neppure il giuspositivismo si trova in buona salute, i giochi sono più che mai aperti.

Ancora una volta non ho soluzioni e certezze assolute, tuttavia credo di sapere in che direzione cercare e cosa evitare. Il terreno comune della ricerca deve essere il diritto positivo in tutta la sua contingenza, storicità ed evoluzione. In caso contrario il dibattito eterno fra giusnaturalismo e giuspositivismo non sarà altro che un bisticcio fra sordi come in effetti è. Se ha ancora senso parlare di un diritto naturale, esso dovrà presentarsi come una concezione del diritto positivo stesso o – come sostiene John Finnis – come una teoria giusnaturalistica del diritto positivo<sup>7</sup> e non già come un diritto scritto nel cielo. L'azione umana è contingente, ma Aristotele ha affermato che non v'è niente di contingente che non abbia qualcosa di necessario. In fondo anche la stessa possibilità di una

<sup>7</sup> Finnis 2012.

scienza e di una teoria del diritto è sostenuta da questa implicita convinzione. Si tratta di vedere se tra questi elementi non contingenti dell'azione umana, accanto a quelli dettati da una necessità naturale<sup>8</sup> e da una necessità logica, non ve ne siano anche altri provenienti da una necessità morale. In ogni caso, semmai v'è un diritto naturale, sarà interno al diritto positivo come sua parte costitutiva. Bisognerà vedere se una teoria del diritto positivo così concepita non abbia una maggiore capacità esplicativa dei fenomeni giuridici di quanto non l'abbiano le consolidate, e a volte logore, categorie concettuali giuspositivistiche segnate dallo statalismo. Sospetto che l'evoluzione del diritto contemporaneo, se esaminata senza pregiudizi, riserverà molte sorprese ai teorici del diritto. Se fossi giovane, dedicherei al diritto internazionale, transnazionale, comunitario e al pluralismo giuridico un'attenzione almeno pari a quella che un tempo ho dedicato al diritto statale. La teoria del diritto attuale è ancora troppo legata a schemi mentali elaborati per spiegare fenomeni giuridici del passato considerati come casi paradigmatici. Bisogna riconoscere che lo spirito dogmatico è sopravvissuto alla morte della vecchia metafisica.

## 2. Diritti umani e legge naturale

La parte sui diritti umani è caduta nelle mani dei filosofi analitici ed è stata sottoposta al loro esame occhiuto e puntiglioso. È inutile chiedersi con quali risultati, nonostante la benevolenza degli intenti. Se si assume – come gli amici analitici assumono – che i giudizi di valore debbano essere banditi dalla ricerca scientifica, allora sono spacciato, perché – non posso negarlo – le mie opere sono intrise di giudizi del genere. Sarà un mio grave limite, ma non riesco a parlare dei diritti umani senza formulare giudizi di valore, e sospetto che in realtà nessuno ci riesca, anche suo malgrado. Si tratta di qualcosa che mi sta a cuore. Non riesco a descriverla da un punto di vista esterno come se fosse un coleottero o un fatto brutto. Forse sarà perché è qualcosa che interessa gli esseri umani alla cui categoria aspiro ad appartenere. La valutatività nelle scienze umane non l'ho mai capita. In questo campo un giudizio di rilevanza sta sempre all'inizio della ricerca e questo è inevitabilmente un giudizio di valore. Ovviamente la conoscenza non si ferma qui, ma consiste nel sottoporre alla critica razionale tale giudizio con la disposizione, se del caso, a modificarlo o, al limite, anche ad abbandonarlo per un altro giudizio di valore. Va da sé che ciò implica anche un rigetto della netta distinzione fra etica e metaetica. La riflessione critica sui nostri giudizi di valore non può dipendere da un livello d'indagine esterno ad essi. Visto che Paolo Comanducci ama le storielle, c'è anche quella di chi esce da casa

<sup>8</sup> A questo tipo di necessità si deve ascrivere il «contenuto minimo del diritto naturale» di cui parla Hart.

e guarda dall'esterno con analitica cura attraverso tutte le finestre per sapere se è in casa. Il dibattito fra cognitivismo e noncognitivismo non è solo questione di metaetica, ma è già deciso dal modo d'intendere i rapporti di questa con l'etica. Se la metaetica esce da casa, il gioco è fatto.

Con queste premesse non mi resta che riconoscere l'eccessiva benevolenza delle osservazioni di Paolo Comanducci e di Riccardo Guastini. Se proprio non sono riusciti a salvare il naufrago, almeno hanno cercato di recuperare i suoi effetti personali. Il fatto è che il mio approccio ai diritti umani è volutamente eterogeneo e fuori dagli schemi usuali, almeno nelle intenzioni. Sono convinto che ci troviamo di fronte ad un fenomeno culturale nuovo di portata cosmopolita che richiede schemi interpretativi nuovi. Per questo cerco di evitare di ricondurlo sia al giusnaturalismo in tutte le sue versioni del passato, sia al giuspositivismo che vede nei diritti umani null'altro che la categoria dogmatica del diritto soggettivo. Certamente è facile incontrare nei diritti umani i segni culturali del passato: l'emergere dell'essere umano come persona e i primi passi dell'*Habeas corpus*, i diritti naturali della modernità, le lotte per l'emancipazione sociale e politica, la vittoria della democrazia sull'assolutismo, le garanzie dello Stato di diritto e così via fino al costituzionalismo. Ma i diritti umani non possono essere identificati con nessuno di essi e neppure con la loro mera somma. Per questo bisogna distinguere i diritti umani dalle teorie dei diritti umani. Queste sono tentativi, più o meno riusciti, di gettare una rete per catturare il pesce più grosso o il maggior numero di pesci. Ma la cosa di cui si tratta per la sua complessità sfugge al rigore riduttivistico di una teoria. Da parte mia mi sono ben guardato da elaborazioni teoriche, limitandomi soltanto a timide esplorazioni di questa stretta interconnessione tra diritto, morale e politica<sup>9</sup>. Mi rendo conto che la definizione, seppur vogliamo considerarla tale, dei diritti umani come una pratica sociale lasci a bocca asciutta. Ma essa intende difendere i diritti umani dalle invasioni dell'ideologia, a cui si prestano con facilità. Li protegge dalle mie propensioni ideologiche e anche da quelle che abbondano intorno a me, spesso rivestite dei panni della scientificità. Nei diritti umani c'è di tutto, anche le cose sbagliate. Il punto cruciale risiede nel modo in cui vengono amministrati.

Capisco, pertanto, l'insoddisfazione di Paolo di fronte all'assenza di criteri interni più precisi ai fini della gestione dei diritti umani e della loro determinazione in concreto. Forse desidererebbe un'inequivocabile procedura. Ma le procedure non sono sufficienti, poiché ogni decisione al riguardo implica un'assunzione di responsabilità nei confronti dei diritti degli altri. Le procedure, compreso quella che fa appello ad un uso «indiscriminato» del principio di non discriminazione, sono per definizione deresponsabilizzanti. La pratica dei diritti umani porta in sé due istanze difficilmente conciliabili: da una parte essa richiede un cognitivismo almeno minimo, perché ci sono mali in sé (come, ad esempio,

<sup>9</sup> L'ultima di esse, forse la meno incompleta, si può trovare in Trujillo e Viola 2014.

torturare un essere umano o renderlo schiavo) e, dall'altra, esige il rispetto della coscienza delle persone, in quanto è parte costitutiva del bene umano che esso sia approvato da colui del cui bene si tratta (*endorsement*). Ancora una volta non vedo altra risorsa che quella della ragionevolezza e della deliberazione pubblica, che sono modalità della ragion pratica. In questo campo non c'è infallibilità, ma solo decisioni provvisorie, anche se non arbitrarie. Ma l'arsura di Paolo, derivata dall'assenza di distinzioni concettuali, resta e non so che farci. Ma tra l'arsura del ricercatore e le «dissezioni»<sup>10</sup>, che fanno a pezzi l'oggetto della ricerca, preferisco evitare le seconde. Non dico che è questione di gusti, perché finirei per dargli ragione.

Con lo scritto di Riccardo c'è ben poco da fare. La sua critica è implacabile, seppur in un guanto di velluto. L'argomentazione, ridotta all'osso, è quella ormai «classica» del giuspositivista incallito nei confronti del giusnaturalista pervicace e pertinace: se i diritti umani sono universali, allora non sono diritto positivo, poiché non esistono norme giuridiche positive universali<sup>11</sup>; se sono diritto positivo, allora i diritti umani non sono universali, ma diritti particolari propri di quegli ordinamenti giuridici che li prescrivono. Insomma, la norma giuridica positiva è il «fondamento» giuridico dei diritti umani e non ve n'è altro. Questo fondamento è del tutto artificiale e contingente. Tuttavia si deve riconoscere che questa norma afferma che i diritti da essa previsti sono universali e inviolabili. Essa non si limita ad attribuire diritti ai cittadini che cadono sotto la sua giurisdizione, ma li attribuisce<sup>12</sup> a tutti gli uomini, cioè afferma l'universalità dei titolari e quella dei contenuti normativi. Almeno così mi sembra di leggere nell'art. 2 della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» o nell'art. 13: «La libertà personale è inviolabile». Si deve dunque pensare ad un legislatore megalomane che, incurante della propria volontà contingente, legifera per tutta l'umanità? Non è da escludersi, perché i legislatori si lasciano spesso prendere la mano. Però certamente c'è uno scollamento evidente tra ciò che il legislatore prescrive e il proprio potere di prescrivere, cioè di produrre artificialmente una norma dal nulla giuridico. Ebbene, proprio questo salto deve essere spiegato. La spiegazione che mi sembra ancor oggi più convincente è quella che considera il processo di positivizzazione come una progressiva determinazione di principi giuridici che non hanno un fondamento meramente positivo o fattuale. Anche l'accordo pratico non è per me propriamente un fondamento, ma un indizio significativo. Ma Riccardo non ama le vie intermedie. Questa determinazione dei principi o è una derivazione logica (quella che Tommaso d'Aquino ha chiamato «ad modum conclusionis») o un atto

<sup>10</sup> Questo termine indica l'attività intellettuale che Paolo preferisce praticare. Cfr., ad esempio, Comanducci 1992.

<sup>11</sup> Le leggi positive divine, di cui ancora parlava John Austin, oggi non sono prese in grande considerazione, neppure da Riccardo mi pare di capire.

<sup>12</sup> Lascio qui da parte la logora diatriba tra il riconoscere e l'attribuire.

normativo del tutto creativo. Tommaso, però, ha anche parlato di un'altra forma di derivazione, che ha chiamato «ad modum determinationis». Essa assomiglia in modo impressionante al modo in cui Kelsen intende l'interpretazione di una norma giuridica. C'è un quadro normativo preesistente che bisogna specificare in relazione ad un ulteriore atto normativo o al caso concreto. Se l'ammettiamo per l'opera del giudice e del legislatore ordinario, perché non ammetterlo anche per il legislatore costituzionale? Si dirà che in questo caso si uscirebbe dal diritto positivo. In realtà si uscirebbe da una determinata concezione del diritto positivo, quella che afferma che esso può avere qualsiasi contenuto o quella per cui il contenuto è irrilevante. Ma i legislatori costituzionali, nessuno escluso, non sembrano pensare in questo modo. Forse si ingannano o forse cercano di ingannare i cittadini per conferire maggior peso alle loro arbitrarie prescrizioni.

### 3. Comunità politica e cooperazione

Jesús Ballesteros mostra subito di appartenere alla ristrettissima cerchia dei miei assidui lettori. Ma non solo per questo mi è particolarmente caro. Dopo un'immersione nelle acque gelide del descrittivismo è bene ricordarsi che il diritto non è solo questione di norme, di concetti astratti e di tecnica sociale, ma anche passione per la persona umana in tutta la sua ampiezza, dalla sua autonomia alla sua vulnerabilità. Come s'è già notato, se smarriamo il fine del diritto o – come dice Jesús – «el sentido del derecho»<sup>13</sup>, non comprendiamo più la ragion d'essere della sua complessa strumentazione. Secondo Heidegger la scienza di per sé «non pensa». Per pensare le cose pratiche bisogna apprezzarne il fine fino al punto di assumerlo come proprio<sup>14</sup>. Ma una travolgente passione per l'uomo non basta se non è segnata da una disinteressata autenticità. Oggi intorno alla persona umana fiorisce una retorica fastidiosa ricettacolo di tutte le possibili ideologie: da quella atavica che aspira al dominio delle coscienze a quella più recente che un tempo ho chiamato sulla scia di Scheler «l'ideologia del risentimento»<sup>15</sup> (o del sospetto) e di cui non potevo prevedere la grande espansione. Ma è raro incontrare un'autentica preoccupazione per le sorti dell'uomo e una vigile sensibilità per le sempre nuove minacce derivate dal proteiforme potere dell'uomo sull'uomo: dal potere della tecnologia al potere dell'economia. Questi poteri, che possono essere considerati «nuovi» per il vertiginoso accrescimento della loro aggressività, stanno erodendo il senso della politica, prendendone il posto o le funzioni e asservendo il diritto ai loro interessi.

<sup>13</sup> Ballesteros 2001.

<sup>14</sup> Questa è una delle tante cose che ho imparato dallo studio del pensiero di Hobbes e che è stata particolarmente evidenziata da Scarpelli 1981: 37-39.

<sup>15</sup> Viola 1996: 25.

Il diritto serve a proteggere l'uomo dall'arbitrio del potere, ma deve a sua volta essere protetto. La legalità non è in grado di difendere se stessa né è un valore autonomo, che può erigersi a legittimità, senza incorrere in un circolo vizioso. Proprio per questo la teoria giuridica ha solo un'autonomia relativa in quanto la piena giustificazione del diritto positivo richiede il ricorso alla filosofia politica. Ovviamente sul modo d'intendere quest'autonomia concettuale della teoria giuridica non v'è accordo e sono possibili diverse versioni in cui si possono ritrovare ancora una volta gli echi dell'esasperante disputa tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

La giustizia, di cui si occupa *ex professo* la filosofia politica, è interna o esterna al concetto di diritto? Il problema è ancor più complesso, perché, mentre la filosofia giuridica cerca di dialogare con la filosofia politica, quest'ultima vede liquefarsi il proprio oggetto. E qui non mi riferisco direttamente alla giustizia, su cui la letteratura oggi abbonda, ma al suo presupposto, cioè all'esistenza di una comunità politica. Su questo punto sono più pessimista di Jesús. Poiché non v'è comunità senza qualche comunanza significativa di carattere valoriale, vedo assottigliarsi sempre di più questo terreno comune fino al limite della sua scomparsa. Non si tratta soltanto del diffondersi del pluralismo a tutto spiano, ma anche e soprattutto del processo di costituzionalizzazione della persona. Le persone sono pericolose per l'ordine costituito delle libertà, perché lo rimettono continuamente in discussione o minacciano continuamente di farlo. Mi chiedo se questa mancanza di comunanza di partenza possa essere compensata o sostituita da un movimento verso una comunanza di arrivo, risultato del lavoro della ragione pubblica. Rawls ha parlato della società politica come di un «sistema equo di cooperazione», intendendolo come un fine in sé. In ogni cooperazione non si tratta soltanto di rivendicare i propri diritti e il proprio ruolo sociale, ma anche di inserirsi in un discorso comune al fine di dare un ordine comune alle libertà. Per queste ragioni sono stato insidiosamente considerato da qualche amico come un «comunitarista liberale», espressione che viene considerata come un ossimoro.

Questi sono soltanto alcuni dei problemi aperti che io non ho né la capacità né la volontà di chiudere anche solo provvisoriamente. Certamente, come tutti noi, anch'io ho le mie propensioni e le mie idiosincrasie. Ma, finché ci sarà qualche essere umano che penserà diversamente da me, non potrò restare tranquillo. Non già perché pensa diversamente da me, ma perché io penso diversamente da lui. Dove avrò sbagliato? Cosa c'è che non va nel mio modo di pensare?

## Bibliografia

- Ballesteros, J. (2001). *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, III ed., Madrid, Tecnos.
- Comanducci, P. (1992). *Assaggi di metaetica*, Torino, Giappichelli.
- Dworkin, D. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Finnis, J. (2012). *What is Philosophy of Law?*, «Rivista di Filosofia del diritto», 1, 67-77.
- Palsterman, J. (1961). *La direction des autres d'après saint Thomas d'Aquin*, «Ephemerides theologicae lovaniensis», 37, 503-556.
- Ricoeur, P. (1996). *Interpretazione e/o argomentazione*, «Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica», 1, 77-93.
- Rodriguez-Blanco, V. (2014), *Law and Authority under the Guise of the Good*, Oxford, Hart Publishing.
- Scarpelli, U. (1981). *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali – Il tempo e la pena*, Milano, Giuffrè.
- Trujillo, I. e Viola, F. (2014). *What Human Rights are Not (Or Not Only). A Negative Path to Human Rights Practice*, New York, Nova Science Publisher.
- Viola, F. (1996). *Fine dell'ideologia o nuove ideologie?*, «Ragion pratica», 4, 7, 11-26.

