

Testo *pro manuscripto*, ad esclusivo uso interno degli studenti del Progetto “Pigafetta 500 anni dopo”, dell’articolo:

F. Todescan, *Diritti naturali, diritti del cittadino, diritti dell’uomo (a proposito dell’art. 2 della Costituzione)*, in *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Atti del Convegno (Roma, 13-15 novembre 2008), a cura di C. Mirabelli, Edizioni Ares, Milano, 2010, pp. 93-104 [ISBN 978-88-8155-515-4].

Franco Todescan

DIRITTI NATURALI, DIRITTI DEL CITTADINO, DIRITTI DELL’UOMO (A proposito dell’art. 2 della Costituzione)

SOMMARIO. 1.- L’ambivalenza dell’art. 2 della Costituzione. 2.- I *diritti naturali*: la concezione giusnaturalistica di Hobbes e di Locke. 3.- I *diritti del cittadino*: la *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 1789. 4.- I *diritti dell’uomo*: la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948: a) l’interpretazione positivistica; b) l’interpretazione libertaria. 5.- Alle radici dell’ambivalenza: il pensiero democratico rousseauiano.

1. In questo mio breve intervento desidero esaminare succintamente in maniera critica l’*incipit* dell’art. 2 della Costituzione della Repubblica Italiana, e precisamente là dove recita: «la Repubblica *riconosce e garantisce* i diritti inviolabili dell’uomo». Il problema che intendo pormi è il seguente: qual è il fondamento di tali diritti *riconosciuti e garantiti*? Possiamo dire che il loro fondamento è solo il diritto positivo, in quanto stabiliti dal costituente interno, e quindi *positivizzati*? In tal caso, rinserrati nell’ambito del diritto positivo, i diritti fondamentali sovrappongono e limitano il potere legislativo ordinario; tuttavia, se derivano la loro validità dalla norma che li pone, risulterebbero modificabili dal potere costituente cui compete porre le norme che li contengono ⁽¹⁾. Oppure dobbiamo considerare tali diritti inviolabili anche rispetto al potere costituente? Ciò significa allora considerare tali diritti come *metapositivi*. Ma poiché possono essere qualificati come tali tanto dei diritti presenti nella coscienza storica quanto dei diritti di origine ontologica, radicati nella struttura essenziale dell’uomo, entrambi in ogni caso suscettibili solo di *riconoscimento*, in quanto preesistenti alla produzione legislativa, la formula costituzionale dell’art. 2 risulta ambivalente: solo nel secondo caso, infatti, non primo, tali diritti risulterebbero sottratti all’arbitrio del potere costituente ⁽²⁾. E forse la domanda più radicale e decisiva è la seguente: questi diritti, e i valori che essi esprimono, sono dunque un prodotto della volontà del legislatore o a questa ontologicamente preesistono e da questa possono solo essere riconosciuti?

Per rispondere a tali interrogativi, un fatto ritengo importante sottolineare: ed è che l’idea di un diritto soggettivo *metapositivo*, se forse non nasce in età moderna, ma già nell’ambito del diritto

⁽¹⁾ Seguo qui le preziose suggestioni di S. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali dell’uomo*. Relazioni del XXVII Convegno nazionale di studio dell’Unione Giuristi Cattolici Italiani (Roma, 6-8 dicembre 1976), Roma 1977 («Quaderni di Iustitia», 27), p. 2.

⁽²⁾ Cfr. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, cit., pp. 2-3.

romano ⁽³⁾ o alla fine del Medioevo ⁽⁴⁾, certamente però qui assume tutta la sua carica e il suo significato ideologico. Tale idea si pone come uno dei concetti cardine della cultura moderna (filosofica e teologica, politica e giuridica); ma volendone abbozzare in maniera sintetica la parabola, intendo utilizzare la diversa ricostruzione prospettata da due illustri filosofi del diritto contemporanei, Norberto Bobbio e Sergio Cotta.

Secondo Bobbio, infatti,

nella storia della formazione delle dichiarazioni dei diritti si possono distinguere almeno tre fasi. Le dichiarazioni nascono come teorie filosofiche. La loro prima fase è da ricercarsi nelle opere dei filosofi (in particolare di Locke) [...] In quanto teorie filosofiche, le prime affermazioni dei diritti dell'uomo sono puramente e semplicemente l'espressione di un pensiero individuale: sono universali rispetto al contenuto in quanto si rivolgono a un uomo razionale fuori dello spazio e del tempo, ma sono estremamente limitate rispetto alla loro efficacia, in quanto sono, nella migliore delle ipotesi, proposte per un futuro legislatore.

Nel momento in cui queste teorie sono accolte per la prima volta da un legislatore, e ciò accade con le *Dichiarazioni dei diritti* degli Stati americani e della Rivoluzione francese (un secolo più tardi) [...] l'affermazione dei diritti dell'uomo non è più l'espressione di una nobile esigenza, ma il punto di partenza per l'istituzione di un vero e proprio sistema di diritti nel senso stretto della parola, cioè come diritti positivi o effettivi [...] In questo passaggio l'affermazione dei diritti acquista in concretezza ma perde in universalità. I diritti sono d'ora innanzi protetti, cioè sono veri e propri diritti positivi, ma valgono solo nell'ambito dello stato che li riconosce [...] Sono diritti dell'uomo solo in quanto sono diritti del cittadino di questo o quello stato particolare.

Con la Dichiarazione del 1948 ha inizio una terza ed ultima fase *in cui l'affermazione dei diritti è insieme universale e positiva*: universale nel senso che destinatari dei principi ivi contenuti non sono più soltanto i cittadini di questo o quello stato ma tutti gli uomini; positiva nel senso che essa pone in moto un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati. Alla fine di questo processo i diritti del cittadino si saranno trasformati realmente, positivamente, nei diritti dell'uomo ⁽⁵⁾.

Secondo Cotta, invece,

è forse possibile rappresentare questa vicenda del diritto del soggetto nei termini di una dialettica triadica di tipo hegeliano. *Tesi*: il diritto è affermato nella sua universalità astratta o formale (giusnaturalismo moderno). *Antitesi*: il diritto è affermato nella oggettività concreta della volontà statale o sociale (storicismo sociale). *Sintesi*: il diritto è affermato nella universalità concreta della volontà di potenza, che è bensì individuale ma abbraccia la totalità (neo-giusnaturalismo libertino). Kant, Hegel e Nietzsche potrebbero venir indicati quali gli interpreti filosofici più significativi di questo movimento dialettico. Di esso si può dare anche un'altra versione, secondo la quale si passa dal diritto della natura-ragione al diritto della cultura-società per terminare nel diritto della natura-pulsione. Voltaire, Comte e Reich si sostituiscono allora ai precedenti interpreti ⁽⁶⁾.

Come si vede, ci troviamo in entrambi i casi di fronte a due interpretazioni «triadiche», ma vi è una coincidenza nella determinazione del primo momento, mentre la differenza si appalesa nel secondo e ancor più nel terzo momento. Facciamo qualche riflessione in proposito.

2. Consideriamo anzitutto il primo momento: il giusnaturalismo razionalistico, cioè quell'imponente serie di autori i quali affermano che esiste un diritto naturale immutabile e che la

⁽³⁾ Vedi sul tema il saggio di G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939.

⁽⁴⁾ E' questa la nota tesi sostenuta da M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1986, p. 195 ss., che vede nel pensiero di Guglielmo di Ockham le origini del diritto soggettivo.

⁽⁵⁾ N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* (1968), ora in *L'età dei diritti*, Torino, 1997, pp. 21-24.

⁽⁶⁾ COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, cit., p. 18.

ragione dell'uomo ha il potere di descrivere compiutamente tale diritto ⁽⁷⁾. Si percepisce un progressivo allontanamento dal pensiero «teocentrico» medioevale (ricordiamo l'«etiamsi daremus Deum non esse» groziano) ⁽⁸⁾; tuttavia nella «Scuola del diritto naturale laico» possiamo constatare che si produce spesso la mera riproposizione di principi speculativi propri del Medioevo, non più però in chiave teologica, ma in chiave secolarizzata. Questa è una caratteristica costante di tutto il pensiero giuridico moderno ⁽⁹⁾. Esso ripropone temi teologici consolidati con gli stessi termini, ma svuotati del loro nucleo religioso e totalmente laicizzati. Per quanto qui ci interessa, lo possiamo riscontrare anche nella riproposizione del problema del diritto naturale non in chiave di *diritto naturale oggettivo*, ma essenzialmente in chiave di *diritti naturali soggettivi*.

In Hobbes nello stato di natura ogni individuo ha diritto su tutto (*jus in omnia*). Ogni individuo è un micro-assoluto, non ha alcun rapporto organico con gli altri individui, la sua sfera si può espandere potenzialmente dappertutto; apparentemente la sua condizione è ottimale, di assoluta libertà, di espansione totale. Ma in realtà la potenziale absolutezza del diritto riconosciuto a tutti significa scontro attuale di ciascun individuo con tutti gli altri individui. Infatti ogni atto nello stato di natura è espressione di un diritto del singolo, ma imprescindibilmente, nello stesso momento, è lesione di un diritto di tutti gli altri individui. Lo stato di natura diventa una situazione di lotta di tutti contro tutti, uno stato di belligeranza totale (*bellum omnium contra omnes*).

Nella sua opera maggiore, il *Secondo trattato sul governo*, John Locke invece, abbandonati i presupposti volontaristici giovanili, diventa uno degli esponenti più cospicui del razionalismo politico e giuridico. Il primo passo della concezione lockiana è il recupero del valore razionale della legge naturale. La natura umana è essenzialmente ragionevole; l'uomo è il più tipico rappresentante di quella ragionevolezza in cui trova fondamento la legge di natura. Ma questo recupero avviene attraverso le tre tappe tipiche di tutti i pensatori giusnaturalisti: stato di natura, contratto sociale e Stato politico. Lo stato di natura in Locke è a grandi linee uno stato di ragionevolezza, perché è il riflesso della ragionevolezza degli individui che lo compongono. Locke riconosce all'uomo, nello stato di natura, alcuni diritti fondamentali *primari*, ed altri diritti naturali *secondari*. I tre diritti naturali primari sono: vita, libertà e proprietà. Anzi, a voler essere fedeli alle parole del filosofo inglese, questi sarebbero riducibili a loro volta ad uno solo: la proprietà. Infatti Locke dice che per natura l'uomo ha un diritto di proprietà sulla propria vita, sulla propria libertà e sui propri beni. Questi sono i tre diritti fondamentali dell'uomo, e questi l'uomo esercita nello stato di natura ⁽¹⁰⁾.

Comunque al centro della storia, per il moderno giusnaturalismo, in Hobbes come in Locke, inizialmente sta sempre l'individuo. Si tratta di una cultura la quale ha spostato, attraverso l'Umanesimo e il Rinascimento, il proprio baricentro, sicché alla cultura «teocentrica» medioevale si è sostituita progressivamente una cultura «antropocentrica» ⁽¹¹⁾: non più Dio al centro della realtà, non più Dio come *alfa e omega* di tutta la storia, ma l'uomo al centro della storia (ricordiamo il motto rinascimentale dell'uomo «faber fortunae suae»). Ora la sostituzione dell'uomo a Dio al centro della natura, significa anzitutto espellere tendenzialmente Dio dal centro per proiettarlo verso un orizzonte che si fa sempre più lontano. Ma significa anche un'altra cosa molto importante, particolarmente evidente nel pensiero hobbesiano: quest'uomo che si pone al centro della storia, è il nuovo assoluto «laico» che ha sostituito l'assoluto «religioso». Ora, mentre Dio, in quanto Assoluto

⁽⁷⁾ Per uno sguardo d'insieme sulle moderne dottrine giusnaturalistiche, v. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993², pp. 101-134.

⁽⁸⁾ Ripropongo qui parte del mio saggio *Significati culturali della nozione di «diritto soggettivo» nello sviluppo del pensiero giuridico moderno* (1977) ora in *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003, pp. 201-221.

⁽⁹⁾ Sul problema della secolarizzazione, v. H. LÜBBE, *La secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto*, trad. it., Bologna, 1970.

⁽¹⁰⁾ Cfr. il mio *Metodo, Diritto, Politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Bologna, 2002², pp. 123-124 e 128-130.

⁽¹¹⁾ Secondo la nota intuizione di J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, trad. it., Torino, 1969⁴, p. 71 ss.; cui si aggiungano le osservazioni di J. B. METZ, *Antropocentrismo cristiano. Studio sulla mentalità di Tommaso d'Aquino*, trad. it., Torino, 1969.

per definizione, poteva occupare legittimamente questo ruolo, l'uomo è uno pseudo-assoluto, perché non esiste l'Uomo, ma una pluralità di uomini. E quindi tutto il problema giuridico-politico, che si pone al pensiero giusnaturalistico sei-settecentesco, è questo: come mantenere una concezione che ha al suo centro un Assoluto che Assoluto non può essere. È il dramma del pensiero di Hobbes: l'individuo infatti che costituisce il *prius* assoluto attraverso cui interpretare la storia ha, dicevamo, il diritto su tutte le cose (*jus in omnia*)⁽¹²⁾; se è l'Assoluto, non gli si può negare nulla. Ma proprio perché non esiste solo l'Individuo, ma una pluralità di individui, abbiamo la coesistenza di più pseudo-assoluti: vi sono individui, ciascuno dei quali vanta lo *jus in omnia*, per cui ogni atto di ogni individuo è manifestazione della sua assolutezza e lesione al tempo stesso dell'assolutezza di tutti gli altri.

E bisogna uscirne. Lo stato di natura, cioè la coesistenza pura e semplice di questi individui, rappresenta una situazione insostenibile, il *bellum omnium contra omnes*: e per uscirne bisogna che l'uomo stipuli un patto con gli altri uomini e con questo patto dia vita allo Stato, il quale poi stabilirà che cosa è bene e che cosa è male, e garantirà l'ordine tra gli individui⁽¹³⁾. Al centro della realtà non sta ora più l'individuo, ma lo Stato: è lo Stato che diviene il nuovo assoluto «laico», di fronte al quale l'individuo deve in qualche modo cautelarsi. Il diritto soggettivo sarà quindi lo strumento che servirà all'uomo per tutelarsi di fronte allo Stato: o, come nel caso di Hobbes, per la difesa della propria vita (e sarà questa l'unica barriera di fronte allo strapotere dello Stato assoluto), oppure, più incisivamente, nella versione «liberale» di Locke, per la difesa dei diritti inalienabili della *vita*, della *libertà* e della *proprietà*⁽¹⁴⁾. Lo Stato liberale deve fungere da garante: è la logica «garantista» dello Stato liberale, in cui il diritto stabilisce quelle «sfere di libertà» entro le quali l'uomo si muove in assoluta autonomia, e dentro le quali lo Stato non può intromettersi. Nella concezione del giusnaturalismo il diritto soggettivo costituisce lo strumento di difesa dell'individuo rispetto allo Stato.

3. Passiamo al secondo momento: la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* approvata dall'Assemblea Nazionale a Parigi nell'agosto del 1789. La discussione che portò all'approvazione – come ci ricorda Norberto Bobbio⁽¹⁵⁾ – si era svolta in due fasi. In una prima fase si era accesa la disputa se si dovesse elaborare una «dichiarazione dei diritti» prima di procedere all'emanazione della Costituzione: contro coloro che erano favorevoli ad un rinvio o ad una dichiarazione contestuale dei diritti e dei doveri, l'Assemblea optò per una dichiarazione dei diritti che doveva essere considerata, con ispirazione rousseauiana, l'atto della costituzione di un popolo, precedente la Carta costituzionale. Il testo della *Dichiarazione* prescelto dall'Assemblea, discusso e approvato tra il 20 e il 26 agosto, vedeva condensato il proprio nucleo dottrinale nei primi tre articoli: il primo concernente lo *status naturae* degli individui che precede la formazione dello *status civilis*; il secondo, il fine della società politica che segue, dal punto di vista cronologico e assiologico, lo stato di natura; il terzo, il principio di legittimità del potere spettante alla nazione.

La formula del primo: “Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti” è stata ripresa quasi letteralmente dall'articolo 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: “Tutti gli esseri umani

⁽¹²⁾ *Leviatano*, cap. XIV. Sull' “individualismo possessivo” di Hobbes, v. l'articolato studio di C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it., Milano, 1973, p. 33 ss.

⁽¹³⁾ *Leviatano*, capp. XVII e XXVI. Sul contratto sociale in Hobbes, v. N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, (1954), ora in *Thomas Hobbes*, Torino, 1989, p. 111 ss.; e sui possibili esiti totalitari di tale contratto restano tuttora classici gli studi di J. VIALATOUX, *La cité de Hobbes, théorie de l'état totalitaire*, Lyon, 1936, e di C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburg, 1938.

⁽¹⁴⁾ Sull'idea di proprietà in Locke, il testo fondamentale è rappresentato dal cap. V del *Secondo trattato sul governo* (in LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di Pareyson, Torino, 1948, pp. 254-273); all'argomento dedicano particolare attenzione gli studi del MACPHERSON, *Libertà e proprietà*, cit., pp. 225-296, e di P. PASQUALUCCI, *Assolutizzazione dell'idea del lavoro e negazione della natura in John Locke*, nel vol. coll. *La Società criticata. Revisioni fra due culture*, Napoli, 1974, pp. 255-301.

⁽¹⁵⁾ N. BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i diritti dell'uomo* (1988), ora in *L'età dei diritti*, cit., p. 89.

nascono liberi ed eguali in dignità e diritti”. Rousseau aveva scritto all’inizio del *Contratto sociale*: “L’uomo è nato libero ma dovunque è in catene”. Si trattava, com’è stato detto più volte, di una nascita non naturale ma ideale. Che gli uomini non nascano né liberi né eguali era dottrina corrente, da quando la credenza in una mitica età dell’oro, che risaliva agli antichi ed era stata ripresa durante il Rinascimento, era stata soppiantata dalla teoria, che da Lucrezio era arrivata sino a Vico, dell’origine ferina dell’uomo e della barbarie primitiva. Che gli uomini fossero liberi ed eguali nello stato di natura descritto da Locke all’inizio del *Secondo trattato sul governo civile*, era un’ipotesi razionale: non era né una constatazione di fatto né un dato storico ma era un’esigenza della ragione che sola avrebbe potuto capovolgere radicalmente la concezione secolare secondo cui il potere politico, il potere sugli uomini, l’*imperium*, procede dall’alto in basso e non viceversa. Questa ipotesi doveva servire, secondo lo stesso Locke, “a bene intendere il potere politico e derivarlo dalla sua origine” (16).

I costituenti poi, nell’articolo 2, dichiaravano che «lo scopo di ogni associazione politica» era «la conservazione di diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo», quali la libertà, la proprietà, la sicurezza. In questo articolo – come osserva sempre Bobbio (17)- non compare l’espressione «contratto sociale», ma l’idea del contratto è chiaramente implicita nella parola «associazione», che designa qui una società di contratto. Il terzo articolo infine, secondo cui «il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione», rispecchia un dibattito precedente, quando era stata respinta la proposta del conte di Mirabeau di adottare la parola «popolo», più circoscritta, anziché la parola «nazione», più comprensiva, unificante e conglobante, come sosteneva l’abate Sieyès; ed esprime il concetto, destinato a diventare uno dei caposaldi di ogni governo democratico, che la rappresentanza è una e indivisibile, cioè non può essere divisa in base agli ordini o stati in cui era divisa la società del tempo: un principio già adombrato nell’articolo 6 secondo cui la legge è l’espressione della rousseauiana *volontà generale* (18).

4. E veniamo al terzo momento: la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* fatta dall’ONU nel 1948. Secondo Bobbio essa rappresenterebbe la più cospicua manifestazione dell’unica prova con cui un sistema di valori potrebbe essere considerato umanamente fondato e quindi riconosciuto: il consenso generale circa la sua validità, il *consensus omnium gentium* di Grozio e degli altri giusnaturalisti (19). Ora i Maestri della «Scuola del diritto naturale» diffidavano del consenso generale come fondamento del diritto naturale, perché di difficile accertamento. Ma ora il documento approvato da 48 Stati il 10 dicembre 1948 all’Assemblea generale dell’ONU, e da allora recepito come ispiratore nel processo di crescita della comunità internazionale verso una comunità non solo di Stati ma di individui liberi ed eguali, sarebbe espressione di una precisa realtà giuridica e politica. Con questa *Dichiarazione* un sistema di valori si presenta per la prima volta nella storia come universale, non in linea di principio ma di fatto, in quanto il consenso sulla sua validità e sulla sua adeguatezza a reggere le sorti della comunità umana è stato esplicitamente dichiarato (20).

a) Tuttavia, con il passare degli anni, stiamo progressivamente assistendo ad una duplice possibile lettura di tale *Dichiarazione* e dei diritti ivi garantiti: una, per così dire, più giuridica, l’altra più politica. Bisogna infatti tenere presente che, dopo l’età del giusnaturalismo, l’idea di diritto soggettivo si era divisa, nel corso del grande dibattito ottocentesco fra la tesi del Windscheid (diritto soggettivo come «potere della volontà») e quella dello Jhering (diritto soggettivo come

(16) BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i diritti dell’uomo*, cit., pp. 103-104.

(17) BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i diritti dell’uomo*, cit., p. 104.

(18) BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i diritti dell’uomo*, cit., pp. 107-108. Sul pensiero politico di Rousseau, v. il classico studio di R. DERATHÉ, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, trad. it., Bologna, 1993.

(19) U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, I, I, XII, 1.

(20) Cfr. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 18-21.

«interesse legittimamente protetto») ⁽²¹⁾, portando fundamentalmente a diverse posizioni presenti nella cultura contemporanea e che risalgono tutte, almeno in parte, ad una comune matrice. Nel secolo XX troviamo una larga schiera di autori i quali affermano il primato del diritto oggettivo sul diritto soggettivo, e viceversa altri autori che cercano di affermare, in diversa misura, il primato del diritto soggettivo su quello oggettivo.

La prima via, imboccata da alcuni dei maggiori teorici del diritto del '900, trova i suoi più illustri rappresentanti tanto negli esponenti del «formalismo giuridico», come Hans Kelsen, quanto nei sostenitori del «realismo giuridico» come Alf Ross ⁽²²⁾. Così Kelsen, fautore di una *dottrina pura del diritto*, sostiene che

in quanto autorizzazione, il diritto soggettivo non sta di fronte al diritto oggettivo come qualcosa di indipendente da questo, dal momento che sarà diritto soggettivo soltanto perché e in quanto sarà sottoposto alla norma del diritto oggettivo ⁽²³⁾.

Si produce rispetto al giusnaturalismo moderno un nuovo apparente capovolgimento: non più l'esaltazione del diritto soggettivo, ma la sua morte, la sua fagocitazione da parte del diritto oggettivo. Il diritto soggettivo altro non è che l'autorizzazione che il diritto oggettivo dà di volta in volta. Tizio ha il diritto di proprietà, perché lo Stato autorizza a possedere questo o quel bene. Dal canto suo Ross, che rappresenta il pensiero «realistico» scandinavo, cioè il tentativo di cogliere in ogni termine etico-giuridico il rispettivo sostrato empirico, cercando di distruggerne il supporto metafisico, afferma che

il concetto di diritto soggettivo è senza alcun riferimento semantico. Esso non designa qualche fenomeno che si inserisca fra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è soltanto un mezzo che consente di rappresentare visivamente, più o meno esattamente, il contenuto di un insieme di norme giuridiche ⁽²⁴⁾.

Il diritto soggettivo non esiste ontologicamente, è una realtà fittizia; dal punto di vista empirico, esso rappresenta solo uno strumento, un termine comodo per designare sinteticamente un insieme di norme giuridiche, appartenenti al diritto oggettivo. In tale ottica i diritti dell'uomo della *Dichiarazione universale* fatta dall'ONU finirebbero per essere ontologicamente vanificati.

b) Di fronte a tali posizioni, in un filone meno giuridico e più politico, troviamo all'opposto l'esaltazione dei diritti soggettivi; ne troviamo oggi un esempio estremamente significativo nella mentalità «radicale» e «libertaria» che sorregge un certo tipo di problematica tutta incentrata sulla tutela di una lunga serie di diritti soggettivi (i c.d. *diritti civili*): degli anziani, delle donne, diritti relativi alla sfera sessuale, ecc. ⁽²⁵⁾. Quello che mi sembra importante ancora una volta non è tanto procedere ad un esame analitico, ma scegliere qualche esempio sintomatico del *background* che sorregge queste istanze, e che comincia a lambire anche qualche interpretazione proposta per la *Dichiarazione universale*.

Sempre interessante in proposito è ricordare l'annoso problema dell'aborto. Il diritto di aborto, nella prospettiva radicale, non viene ammesso (sulla falsariga di altre ideologie, come quella marxista) all'interno di certe condizioni (più o meno arbitrariamente) oggettive: solo fino ad un

⁽²¹⁾ Cfr. nello specifico R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960), ora in *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 115 ss.; e, più in generale, K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, cap. II.

⁽²²⁾ Su tali indirizzi di pensiero, v. S. CASTIGNONE, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995.

⁽²³⁾ *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1967, p. 84; cfr. A. VONLANTHEN, *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm*, Berlin, 1965, p. 41 ss.

⁽²⁴⁾ *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1965, p. 164; cfr. F. P. VIDETTA, *Il concetto di «norma valida» secondo Alf Ross in "On Law and Justice"*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLV (1968), p. 333 ss.

⁽²⁵⁾ Per l'esame del pensiero di tale filone, v. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, cit., p. 3 ss.

certo giorno della gravidanza, con certe autorizzazioni, ecc. L'ideologia radicale sostiene il diritto di aborto assolutamente *libero, gratuito e assistito*. Perché è sintomatico che sia richiesto l'aborto libero, gratuito, assistito? Perché questo denota che la riproposizione dei diritti soggettivi, nella versione radicale, se per un verso rappresenta appunto la «radicalizzazione» della ideologia individualistica liberale di stampo settecentesco, per un altro verso non rappresenta *soltanto* la ripresentazione di un discorso volto a garantire la sfera della *privacy*, entro cui l'individuo possa rinchiudersi, espellendo ogni intrusione del «pubblico». Qui si vuole che la sfera del «privato» prevalga sul «pubblico» o, se si preferisce, che vi sia una pubblicizzazione della sfera del «privato». L'aborto non è un affare personale della donna, ma deve essere un fatto di cui la comunità si prende carico. E in questo senso il rapporto pubblico-privato subisce un rovesciamento.

Lo stesso problema troviamo del resto sotteso anche alla recente *Dichiarazione* per la depenalizzazione dell'omosessualità letta all'ONU il 18 dicembre 2008. Come ha commentato autorevolmente l'*Osservatore romano*, «la Chiesa cattolica, basandosi su una sana laicità dello Stato, ritiene che gli atti sessuali liberi tra persone adulte non debbano essere trattati come delitti da punire dall'Autorità civile». Ma il problema sorge quando affiora la promozione di una «ideologia dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale». «Si tratta – aggiunge il quotidiano vaticano – di concetti controversi e non solo dalla Chiesa, in quanto implicano l'idea che l'identità sessuale sia definita solo dalla cultura, e quindi suscettibile di essere trasformata a piacere, secondo il desiderio individuale o le influenze storiche e sociali». In questo modo, «si dà impulso al falso convincimento che l'identità sessuale sia il prodotto di scelte individuali, insindacabili e, soprattutto, *meritevoli in ogni circostanza di riconoscimento pubblico*»⁽²⁶⁾.

Accanto alle venature di un discorso neo-liberale troviamo qui probabilmente l'influsso di quelle posizioni irrazionalistiche (da Nietzsche a Reich)⁽²⁷⁾ che esaltano il potere vitalistico dell'individuo, l'esigenza di far prevalere le proprie pulsioni, scartando ogni mediazione razionale; per cui ogni atto puntuale della volontà deve prevalere, e ogni limite oggettivo-razionale deve scomparire.

5. Tuttavia queste due diverse linee ermeneutiche che possono profondamente incidere sulla lettura complessiva della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* dell'ONU (e di riflesso anche dell'art. 2 della nostra Costituzione), e che apparentemente rappresentano due momenti culturalmente antitetici, sono in realtà forse riconducibili all'unità, se scaviamo sotto la pura superficie. Riassumiamo sinteticamente i due punti di vista. L'uno (Kelsen, Ross) sanziona la morte del diritto soggettivo all'interno di un diritto oggettivo, che però non è più espressione di razionalità oggettiva, ma della volontà (dello Stato o, aggiungiamo noi, della Comunità internazionale): se Kelsen sostiene che il diritto soggettivo è soltanto l'«autorizzazione» del diritto oggettivo (espressione della volontà statale), il fondamento del diritto soggettivo è ricondotto ancora una volta alla matrice volontaristica. L'altro viceversa sostiene radicalmente il primato dei diritti soggettivi sul diritto oggettivo; sostiene in definitiva il primato della volontà, intesa come volontà del singolo non mediata dalla ragione. Da questo punto di vista le due strade tendono, o dal versante del diritto oggettivo, o dal versante dei diritti soggettivi, ad eliminare la barriera privato-pubblico: o pubblicizzando la sfera del «privato», o viceversa cercando di travasare nel campo del «pubblico» le esigenze private.

Ora, se cerchiamo il motivo profondo di tutto ciò, possiamo forse ritrovarlo ripensando, sulla scorta di autorevoli, preziose indicazioni⁽²⁸⁾, alla logica che presiede al fondamento

⁽²⁶⁾ I brani qui citati sono riportati dall'articolo di E. Molinari: *La mozione all'Onu sui gay «legittima l'identità di genere»*, nel quotidiano *Avvenire* del 20 dicembre 2008, p. 17; corsivo nostro.

⁽²⁷⁾ Possiamo, a mero titolo d'esempio, ricordare i testi nietzscheani della *Genealogia della morale*, II, 2 e 11 (ed. Colli-Montinari, Milano, 1968, pp. 257 e 274-275) o de *La gaia scienza*, IV, af. 335 (ed. Colli-Montinari, Milano, 1965, p. 196); di W. REICH, v. *Individuo e Stato*, trad. it., Milano, 1978. Molto interessanti, per il tema che ci riguarda, i contributi del vol. coll., *Nietzsche e la liberazione*, L'Aquila, 1975.

⁽²⁸⁾ Ci riferiamo in particolare a V. MATHIEU, *La speranza nella rivoluzione*, Milano, 1972, p. 107 ss.; e a S. COTTA, *L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali*, in «Rivista di Diritto Civile», 1977, Parte I, p. 225 ss.

ideologico della moderna democrazia ed all'ambiguità che lo condiziona. Punto obbligato di riferimento, anche per comprendere altre ambiguità del pensiero contemporaneo, è l'opera di Rousseau. Questi, com'è noto, afferma che lo Stato nasce sì attraverso una cessione dei propri diritti soggettivi al sovrano, ma che se questo è interpretato in senso democratico, l'individuo cede «uti singulus» i suoi diritti, ma li riacquista poi «uti civis»; e riacquistandoli come cittadino, ha poi diritto a veder rispettata la propria volontà, nella misura in cui questa sia espressione della «volontà generale»⁽²⁹⁾. E il pensiero rousseauiano ha avuto indubbi riflessi, come ricordavamo sopra, sull'elaborazione dei primi modelli di carte costituzionali: in particolare della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

A prescindere comunque dalle molte perplessità che affliggono gli interpreti in che cosa consista la «volontà generale»⁽³⁰⁾, la quale ora sembra presupporre l'esistenza dei valori, ora sembra intendere produrli essa stessa⁽³¹⁾, certo è che nella logica democratica rousseauiana l'individuo non si contrappone più allo Stato, non crea più una barriera fra sé e lo Stato, poiché in questo è totalmente trasfuso, avendogli l'individuo tutto ceduto, per ritrovarsi poi tutto al suo interno. Allora non c'è più bisogno di creare diaframmi che tutelino l'individuo di fronte allo Stato, poiché questo sarà anzi l'unico strumento attraverso cui l'individuo potrà esprimere totalmente se stesso. Ecco quindi, nella logica della moderna democrazia, il possibile riassorbimento del «pubblico» nel «privato» e viceversa. E' il preludio alla logica dei diritti dell'uomo intesi in senso libertario, come prospettati dal c.d. pensiero radicale, pericolosamente tesi a fare cripticamente prevalere l'utile del più forte.

In conclusione possiamo constatare che la parabola del «diritto soggettivo» si è innestata inizialmente su una matrice teoretica contrassegnata dalla nota fondamentale dell'*individualismo* (*volontaristico* di Hobbes o *razionalistico* di Locke), come affermazione di diritti naturali *universali* e *astratti*; si è specificata poi, nell'alveo della medesima matrice, con Rousseau, come posizione di diritti del cittadino *generali* e *concreti*; si è ripresentata infine, nella *Dichiarazione* dell'ONU come proclamazione di diritti dell'uomo *universali* e *concreti*, ma progressivamente passibili di un'interpretazione ora meramente positivista, ora tendenzialmente libertaria. E in tale logica rischia di essere avviluppata contestualmente anche l'interpretazione dell'art. 2 della nostra Costituzione, a meno di non ricercarne ancora una volta un fondamento ontologico, radicato in quella dignità della persona umana che trascende e condiziona ogni diritto positivo. Come ha detto Benedetto XVI nel suo *Discorso all'Assemblea generale dell'ONU*:

I diritti umani sono sempre più presenti come linguaggio comune e sostrato etico delle relazioni internazionali. Allo stesso tempo, l'universalità, l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti umani servono tutte quali garanzie per la salvaguardia della dignità umana. E' evidente, tuttavia, che i diritti riconosciuti e delineati nella *Dichiarazione* si applicano ad ognuno in virtù della comune origine della persona, la quale rimane il punto più alto del disegno creatore di Dio per il mondo e per la storia. Tali diritti sono basati sulla legge naturale iscritta nel cuore dell'uomo e presente nelle diverse culture e civiltà. Rimuovere i diritti umani da questo contesto significherebbe restringere il loro ambito e cedere ad una concezione relativistica,

⁽²⁹⁾ *Il contratto sociale*, I, I, cap. 6; sul contratto sociale rousseauiano, v., oltre agli Atti del Congresso commemorativo di Digione, *Études sur le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964; gli *Etudes sur le "Contrat social" - Studies on the "Social Contract"*, Actes du Colloque de Columbia (29-31 mai 1987), Ottawa, 1988; e il vol. coll. *The Social Contract Theorist. Critical Essays on Hobbes, Locke and Rousseau*, a cura di C. W. Morris, Lanham-Oxford, 1999.

⁽³⁰⁾ V. sul tema il bel saggio di V. MATHIEU, *Cancro in Occidente*, Milano, 1980.

⁽³¹⁾ Tale ambiguità mi sembra ben evidenziata dalla figura del «Legislatore» delineata nel *Contratto sociale*, I, II, cap. 7: «Per scoprire le norme costitutive di società che meglio convengono alle nazioni, occorrerebbe un intelletto superiore, che conoscesse tutte le passioni degli uomini senza provarne nessuna; che non avesse alcun rapporto con la nostra natura e che la conoscesse a fondo; la cui felicità fosse indipendente dalla nostra, ma che, tuttavia, volesse di buon grado occuparsi della nostra; che infine, preparandosi nel corso del tempo una gloria remota, potesse lavorare in un secolo e godere in un altro. Ci vorrebbero degli dei per dare delle leggi agli uomini» (nella trad. it. curata da T. Magri, Roma-Bari, 1996, p. 107). Non è chiaro infatti se il Legislatore riproduce dei valori precostituiti o li produce egli stesso.

secondo la quale il significato e l'interpretazione dei diritti potrebbero variare e la loro universalità verrebbe negata in nome di contesti culturali, politici, sociali e persino religiosi differenti. Non si deve tuttavia permettere che tale ampia varietà di punti di vista oscuri il fatto che non solo i diritti sono universali, ma lo è anche la persona umana, soggetto di questi diritti ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Benedetto XVI, *Discorso all'Assemblea generale dell'ONU* (18 aprile 2008); il testo italiano qui riportato è stato pubblicato dal quotidiano *Avvenire* del 19 aprile 2008, p. 6.