

This document is published at:

Francisco Javier Ansuátegui Roig, "L'avvenire (incerto) dei diritti", in: "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica - A. XI (2019) n. 2", Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2019, pp. 53-61

© 2019 Università' di Trieste



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

L'avvenire (incerto) dei diritti*

Francisco Javier Ansuátegui Roig

ABSTRACT

Il futuro dei diritti è soggetto a varie incertezze, teoriche e pratiche. Alcune di queste sono legate alla titolarità dei diritti, alla considerazione delle minacce standard e al design istituzionale appropriato. D'altro canto, esso è anche condizionato dall'operabilità di un certo modello di diritto, in cui la certezza e il principio della gerarchia occupano un posto importante.

The future of rights is subject to various uncertainties, theoretical and practical. Some of them are related to the titularity of rights, the consideration of standard threats and the appropriate institutional design. On the other hand, it is also conditioned by the operability of a certain model of Law, where legal certainty and the principle of hierarchy occupy an important place.

1.

Il concetto di 'avvenire dei diritti' può essere inteso in vari modi. Il termine 'avvenire', in fatti, può avere un doppio significato. Da un lato, si riferisce alle condizioni di esistenza di una determinata realtà; a qualcosa la cui esistenza può essere contrastata all'esito di un processo. Dall'altro lato, esso possiede un significato prospettico, che fa riferimento al futuro,

Il testo si basa su un intervento da me tenuto nel Convegno *XXI secolo. L'avvenire dei diritti*, svoltosi all'Università di Macerata il 4 giugno 2019. Ringrazio il Prof. Ballarini per l'invito e la possibilità di apprezzare nuovamente un ambiente stimolante dal punto di vista umano ed intellettuale. Traduzione di Alessandro Di Rosa.

PAROLE CHIAVE

DIRITTI;
TITOLARITÀ;
MINACCE;
DISEGNO ISTITUZIONALE;
CERTEZZA;
GERARCHIA.

KEYWORDS

RIGHTS;
TITULARITY;
THREATS;
INSTITUTIONAL DESIGN;
CERTAINTY;
HIERARCHY.

a ciò che verrà: allo sviluppo futuro. Mi pare dunque che questa breve digressione filologica iniziale possa risultare interessante se si pensa all'"avvenire dei diritti". Entrambi i significati possono applicarsi ai diritti, al discorso dei diritti; e tali significati sono legati l'uno all'altro. Credo che si tratti di ciò che Piero Calamandrei mise in evidenza quando, nel 1946, scrisse una prefazione alla seconda edizione di *Diritti di libertà* di Francesco Ruffini, intitolata proprio *L'avvenire dei diritti di libertà*. Calamandrei faceva riferimento sia all'evoluzione dei diritti di libertà (e al loro legame con i diritti sociali), sia alle sfide che si prospettavano ai costituenti in quel momento, concludendo con una rivendicazione dell'interdipendenza dei popoli e del

desiderabile protagonismo degli organi sovranazionali nella difesa delle libertà¹.

2.

Le seguenti riflessioni, probabilmente, hanno più a che fare con la realtà attuale dei diritti che con il loro futuro. Ciò non dovrebbe costituire un grande problema, giacché la realtà attuale dei diritti determina senza dubbio il loro futuro. In ogni caso, è opportuno riconoscere le difficoltà in cui ci si imbatte pensando al futuro dei diritti. Esse hanno a che fare con caratteristiche consustanziali al discorso dei diritti, da una parte, e con una determinata interpretazione della storia dei diritti, dall'altra.

Quando si tratta di pensare al futuro dei diritti, la prima cosa da sottolineare è l'impossibilità di fungere da indovini.

È difficile sapere quale sarà il futuro dei diritti. Questa difficoltà, in realtà, non è espressione di un problema di incapacità da parte nostra (incapacità della quale ci si potrebbe accusare se invece di dedicarci alla Filosofia del diritto ci dedicassimo a formulare previsioni sulle leggi della natura), bensì ha a che fare con la "materia" con la quale lavoriamo: la società, il comportamento umano. Come ha ricordato Kelsen, la regolazione dell'attività umana rientra nell'ambito della libertà, non della causalità necessaria². Ciò significa che in quest'ambito l'avvenire, il futuro dei diritti, sarà determinato non solo dalla ragione, bensì anche dalle passioni, dalle emozioni e dagli interessi. Sono questi i fattori scatenanti delle decisioni e dei comportamenti umani; sono i fattori che soggiacciono all'osservanza/inosservanza delle norme da parte dei destinatari delle stesse. Ricordare ciò è ancora più necessario in un momento in cui il ruolo della ragione nella gestione dei gruppi sociali,

¹ Cfr. P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, intr. di Enzo di Salvatore, Giulianova, 2018. Peraltro, non è superfluo rivendicare il pensiero di Calamandrei in contesti, come quelli italiano e spagnolo, in cui nell'attualità si disprezza il valore della legalità quando si tratta presumibilmente di garantire la libertà o la sicurezza (cfr. *Id.*, *Non c'è libertà senza legalità* [1944], Roma-Bari, 2013).

² Cfr. H. Kelsen, *Causality and Imputation*, in "Ethics", LXI (1959), n. 1, pp. 1-11.

nei processi decisionali, pare – in molti casi – lasciare spazio all'irriflessività delle emozioni³. Pertanto, l'avvenire dei diritti non può essere predetto matematicamente. Ciò significa forse che potremmo affermare che come scienziati sociali – non solo quando pensiamo ai diritti – ci muoviamo un po' "alla cieca"? Forse.

D'altro canto, parlando dell'avvenire dei diritti con significato prospettico conviene non confondere le proposte normative con previsioni su ciò che succederà. Ciò significherebbe confondere il dover essere con l'essere. E la distinzione tra il prescrittivo e il descrittivo continua ad essere importante, in particolare nell'analisi del diritto.

Tuttavia, come ho segnalato poc'anzi, vi è un'altra difficoltà, che ha a che fare con una determinata interpretazione della storia dei diritti. La storia dei diritti, infatti, presenta diverse caratteristiche: è incompiuta, senza fine⁴, e non è unidirezionale.

La storia dei diritti è incompiuta perché le circostanze rispetto alle quali si rivendicano i diritti si trasformano continuamente. Tale trasformazione implica una continua evoluzione degli argomenti a favore dei diritti, così come evolvono le modalità di aggressione dei diritti. È senza fine perché, in realtà, non può che essere così. Pensare alla fine della storia dei diritti implicherebbe riconoscere l'inutilità degli argomenti morali sottesi ai diritti perché dimostrati essere senza valore o carattere trascendente, oppure riconoscere l'inutilità degli stessi perché i diritti hanno trionfato. Si sono materializzate le condizioni di giustizia perseguite dai diritti, che hanno appunto trionfato, e non esiste più una realtà contro la quale lottare. Si tratterebbe, cioè, di una situazione paragonabile a quella immaginata da Cervantes, che nel passaggio che si riporta pare quasi un precursore del Rousseau del *Discorso sull'origine della disuguaglianza tra gli uomini*, e anche del Marx della *Critica al programma di Gotha*,

³ Cfr. M. Arias Maldonado, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Barcelona, 2016.

⁴ Cfr. J. De Lucas, *Algunos elementos básicos de la «cultura de los derechos humanos»*. *¿Por qué los derechos humanos?*, in "Studia Historica. Historia contemporánea", XXXVI (2018), pp. 25-34.

quando immaginava le fonti traboccanti della ricchezza collettiva, dove non ha più senso parlare di diritto e di giustizia:

«Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados, [...] porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de *tuyo y mío*. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes: a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que alzar la mano y alcanzarle de las robustas encinas, que liberalmente les estaban convidando con su dulce y sazonado fruto. (...): Todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia. (...). No había la fraude, el engaño ni la malicia mezclándose con la verdad y llaneza. La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interesse, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen. La ley del encaje aún no se había sentado en el entendimiento del juez, porque entonces no había que juzgar ni quién fuese juzgado»⁵.

Dunque, quando assisteremo al trionfo dei diritti e alla totale trasformazione della realtà grazie alla loro forza, assisteremo anche alla fine della storia dei diritti. Non ci sarà nulla per cui lottare. Avremo vinto. Perciò i diritti avranno perso la loro forza trasformatrice e il loro potenziale utopico.

Tuttavia, la storia dei diritti non è unidirezionale. Con ciò si vuole dire che nel divenire dei diritti si possono evidenziare progressi e regressioni. La storia dei diritti ha poco di pacifico. È la storia di gloriose conquiste morali e anche di crimini e massacri. Non consiste nel racconto di un processo chiaro e uniforme. Indipendentemente da che tale storia possa interpretarsi alla luce di una determinata filosofia della storia vincolata all'idea di progresso, ciò che è certo è che possiamo identificare dinamiche regressive che ci riportano, in alcuni casi, a contesti pre-illuministi. Pensiamo, per esempio, a tutto ciò che porta con sé il recupe-

5 M. de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, Edición del Instituto Cervantes 1605-2005, diretta da Francisco Rico, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2004, Primera Parte, capítulo XI, pp. 133-135.

ro del discorso di legittimazione della tortura⁶. Pertanto, dovremmo essere cauti quando si tratta di identificare e descrivere con chiarezza le linee o le direzioni di sviluppo futuro dei diritti. In questo senso, la via d'uscita presuppone collocarsi in una prospettiva normativa o prescrittiva.

3.

Dunque, per riflettere su alcuni elementi che possono condizionare l'*avvenire dei diritti*, prenderò come primo riferimento alcuni contributi recenti che analizzano la situazione attuale e le sfide dei diritti. In uno di questi, Rafael de Asís ha segnalato che i diritti nell'attualità devono far fronte a determinate sfide, alcune delle quali rimangono all'interno della stessa teoria dei diritti, e altre all'esterno⁷. Così, in prospettiva interna, ci troviamo di fronte alla questione relativa a chi debba essere il garante dei diritti (il giudice o il legislatore), con il problema della tensione tra libertà e sicurezza e della risposta penale più adeguata a proteggere e garantire i diritti, e con la percezione dell'etica dei diritti come etica occidentale o eurocentrica. Senza dubbio, ci troviamo di fronte a questioni che costituiscono problemi centrali della teoria dei diritti nell'attualità. Il futuro della teoria dei diritti (e la pratica dei diritti) dipenderà da come affronteremo questi problemi e dalle proposte che si presenteranno a tal riguardo.

In prospettiva esterna, ci troviamo di fronte a questioni che, con origine sociale, economica, culturale o tecnologica, senza dubbio incidono sul discorso dei diritti: il fenomeno migratorio e le nuove tecnologie. D'altra parte, María José González Ordovás ha proposto di pensare alla "solitudine dei diritti"⁸. Così, i diritti si trove-

6 Cfr. M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013; M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016.

7 Cfr. R. de Asís Roig, *Nuevas dimensiones del discurso de los derechos humanos*, in "Studia Historica. Historia contemporánea", XXXVI (2018), pp. 117-130.

8 Cfr. M. J. González Ordovás, *La soledad de los derechos en el marco jurídico de la globalización*, in "Derechos y Libertades" (in corso di stampa).

rebbero in questo momento in una situazione di solitudine (nella quale non si sa bene se quello di diritti sia un concetto “eroe” o “nemico”) che si caratterizza a partire da determinate circostanze. Da un lato, una certa “usura dei materiali”, motivata dal fatto che assistiamo ad un divario tra la costruzione teorica dei diritti e il mezzo (sociale, politico, culturale) nel quale essi sono chiamati a materializzarsi: la velocità di trasformazione dei diritti dimostrerebbe la difficoltà che essi incontrano quando si tratta di adeguarsi alla realtà. Inoltre, assistiamo anche a una certa trasformazione nel modo di intendere il diritto e le sue strategie, dove pare che la negoziazione e la contrattualizzazione (che acquistano un significato specifico nell’ambito della globalizzazione) sono sempre più rilevanti. Peraltro, la solitudine sarebbe determinata “da un certo modo di pensare post-moderno in virtù del quale ogni desiderio pare essere fondamento sufficiente per convertirsi in un diritto soggettivo”⁹.

A ciò dovrebbero aggiungersi due ultime circostanze. Una ha a che fare con lo scenario internazionale: uno scenario in cui gli Stati sono tenacemente riluttanti a rinunciare alle attribuzioni di sovranità e in cui concorrono anche nuovi attori, identificati con corporazioni e imprese transnazionali in cui l’impegno per i diritti è spesso facilmente descrivibile. L’altra ha a che fare con le difficoltà che incontriamo quando trattiamo dell’idea di universalità; idea spesso negata e che altre volte, pur non negata, presenta molte difficoltà in relazione all’identificazione del suo contenuto.

Dunque, se ricordo questi due esempi è per sottolineare la moltitudine di questioni che si pongono, o che si possono porre, quando pensiamo all’*avvenire dei diritti* (sia in senso descrittivo sia in senso prescrittivo). È evidente che non posso affrontarle tutte in questa sede. Pertanto, mi scuso per il necessario esercizio selettivo.

4.

Partirò da una famosa affermazione di Amartya Sen:

⁹ *Ibidem*.

«pochi concetti sono così frequentemente invocati nella discussione politica contemporanea come i diritti; vi è qualcosa di profondamente attrattivo nell’idea per cui ogni persona, ovunque nel mondo, indipendentemente dalla sua cittadinanza o dalla legislazione territoriale, ha alcuni diritti fondamentali, che gli altri devono rispettare»¹⁰.

Credo che questa affermazione, con la quale d’altro canto vi sono molte ragioni per concordare, sia oggi contestata. E la contestazione include sia componenti teoriche sia pratiche (relative alla mancanza di efficacia delle conseguenze di tale idea). È vero che quello dei diritti umani, come ha ricordato Baldassare Pastore, è “uno dei temi costitutivi e riassuntivi dell’esperienza giuridica della modernità”¹¹.

Tale posizione centrale implica l’accettazione di tre affermazioni (alle quali ha fatto riferimento anche Pastore): a) l’affermazione della *considerazione*: ogni persona vale allo stesso modo e questa uguaglianza costituisce la base del valore morale di ognuno e il fondamento dell’esigenza di stabilire condizioni necessarie affinché tutti possano, nelle medesime condizioni, avere l’opportunità di realizzare una vita dignitosa; b) l’affermazione della *minaccia standard*: ci sono comportamenti (azioni od omissioni) dei quali le persone possono essere soggetti passivi e che compromettono seriamente le loro opportunità di vivere una vita dignitosa; c) l’affermazione riferita alla *risposta istituzionale*: ci sono istituzioni e pratiche sociali, accettabili dal punto di vista morale, che presentano un’evidente capacità di ridurre le minacce standard¹². Credo che queste affermazioni debbano far fronte ad alcune sfide.

a) La prima affermazione, riferita alla propria *considerazione* degli esseri umani, implica una determinata concezione del “noi” (non tratterò, in questa sede, di ciò che riguarda il postumanesimo o la giustizia intergenera-

¹⁰ A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, in “Philosophy and Public Affairs”, Fall 2004, 32:4, p. 315.

¹¹ B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino, 2015, p. 137.

¹² Cfr. A. Buchanan, *Diritti umani: i limiti del ragionamento filosofico*, in “Ragion Pratica”, XXXII (2009), pp. 46-47.

zionale). Disporre di un'idea di comunità è indispensabile per poter parlare di diritti e affinché i valori che li ispirano (si pensi all'uguaglianza e alla solidarietà) possano dimostrare le loro esigenze. La comunità, in particolare, costituisce l'ambito in cui entra in azione il discorso morale. E la questione è che l'identificazione di tale comunità, che sarebbe "la comunità dei diritti", nell'attualità non è chiara (o non sembra così chiara come in passato)¹³; l'identificazione del "noi" deve far fronte ai secolari problemi di discriminazione tra esseri umani. Ma tale identificazione dipende anche dalla decisione se la comunità sia solo una comunità umana. Si potrebbe pensare che, tradizionalmente, la vocazione espansiva dell'etica implicasse una maggior estensione e intensità delle rivendicazioni morali. Ma oggi sembra che tale espansione significhi superare i limiti dell'umano, cosicché il problema non è solo quello della riformulazione dei limiti umani, ma anche quello di sapere se ciò che è umano possa ancora considerarsi l'ambito del diritto e dei diritti¹⁴. Effettivamente, tale idea viene messa in discussione quando si affrontano determinati problemi giuridici e le loro conseguenze nell'ambito della robotica e dell'intelligenza artificiale¹⁵; ma anche quando si sostiene l'attribuzione esplicita di diritti agli animali¹⁶. Non si tratta della posizione kantiana che reclama doveri di umanità rispetto agli animali e agli esseri inanimati¹⁷, bensì di riconoscimenti espliciti di diritti. Pensiamo ad alcuni esempi latinoamericani. Nella sentenza T-622 del 2016, la Corte Costituzionale colombiana ha riconosciuto che i fiumi (in questo caso il fiume Atrato che presentava gravi problemi di inquinamento), "trattandosi di un'entità vivente composta da molte forme di vita e rappresen-

13 Cfr. L. Hierro, *¿Quién tiene derechos humanos?*, in "Teoría y Derecho", XIII (2013), pp. 65-83.

14 Cfr. F. H. Llano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, 2018.

15 Cfr. R. de Asís Roig, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, 2015.

16 Cfr. J. L. Rey Pérez, *Los derechos de los animales en serio*, Madrid, 2018.

17 Cfr. Kant, *Lecciones de ética*, intr. e note di R. Rodríguez Aramayo, trad. di R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán Panadero, Madrid, 2002, p. 290.

tazioni culturali, sono soggetti di diritto individualizzabili, ciò che si converte in un nuovo imperativo di protezione integrale e rispetto da parte degli Stati e delle società". Successivamente, la Corte Suprema colombiana, nella STC 4260-2018, ha riconosciuto esplicitamente l'Amazzonia colombiana come "soggetto di diritti"; ha riconosciuto che "l'ambito di protezione dei precetti fondamentali è costituito da ogni persona, ma anche dall'«altro». Il «prossimo è alterità»; la sua essenza, le altre persone che abitano il pianeta, includendo anche le altre specie animali e vegetali. A partire da ciò, ha affermato l'esistenza di un "dovere di solidarietà diretta con la natura". Occorre ricordare che in altri casi si è riconosciuto l'*habeas corpus* degli animali (un "orso dagli occhiali" - *Tremarctos ornatus* - nella sentenza della Corte Costituzionale colombiana del 26 luglio del 2017; uno scimpanzé in una sentenza di un tribunale di Mendoza, Argentina, del 3 novembre del 2016), che erano stati prelevati da riserve naturali e messi in uno zoo.

Ci troviamo, cioè, di fronte a decisioni giudiziarie che vanno oltre l'affermazione del principio di precauzione nella difesa dell'ambiente o del riconoscimento dell'importanza di determinate condizioni ecologiche per il mantenimento della vita attuale e futura nel pianeta. Al contrario, suppongono un ampliamento dell'ambito morale, del concetto di "noi" implicito nell'idea di comunità. E anche una profonda trasformazione delle strutture giuridiche, come conseguenza dell'ampliamento degli ambiti dei quali è possibile predicare la soggettività giuridica.

Probabilmente non è superfluo ricordare l'avvertimento di Roberto Bin in un libro recente in cui fa riferimento ai nuovi diritti relativi allo sviluppo scientifico e tecnologico, che mi pare pienamente pertinente al tema di cui si tratta, quando parla del "rischio di perdere il patrimonio analitico che ha da sempre accompagnato lo studio teorico dei diritti"¹⁸.

b) Quanto alla seconda affermazione, quella relativa alla *minaccia standard*, si afferma che vi sono comportamenti che compromettono le

18 R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 57.

possibilità di vivere una vita degna. Dunque, pensare ad una minaccia standard implica, prima di tutto, identificare l'oggetto della minaccia. Si tratta di un'approssimazione che probabilmente non è la più usuale in questi casi, dato che si suole partire dalla constatazione della difficoltà di identificare ciò che costituisce un'aggressione alla dignità, o anche dalla constatazione per cui ciò che in un luogo è considerato un'aggressione non lo è in altri. Ciò che qui intendo dire, al contrario, è che la minaccia è definita in funzione dell'oggetto minacciato. Qui l'obiettivo è, in ultima istanza, la dignità¹⁹. Però dovremmo essere coscienti del fatto che il riferimento alla dignità, che spesso gioca il ruolo di un assioma al quale si ricorre quando si esauriscono gli argomenti razionali nel dare fondamento ai diritti, è in realtà un riferimento vuoto che necessita di essere riempito da un determinato contenuto. Qui i contesti culturali possono condizionare (e di fatto lo fanno) il compito. Tuttavia, in uno stesso contesto culturale – come ad esempio il nostro – nemmeno la determinazione di quali siano i contenuti fondamentali della dignità è qualcosa di necessariamente pacifico. A partire da Kant, perlomeno, abbiamo identificato l'autonomia (che implica non solo la capacità di auto-normazione, bensì anche la capacità di rendere effettive le decisioni e le scelte individuali) come elemento essenziale della dignità. Facendo un esempio senza troppe implicazioni interculturali, alcuni sviluppi contemporanei del discorso dei diritti – pensiamo a tutto ciò che riguarda i diritti delle persone con disabilità – ci obbligano a riformulare determinati paradigmi²⁰.

Così come incontriamo difficoltà quando si tratta di identificare l'oggetto da proteggere, non pare facile neanche determinare – in maniera universale – cosa costituisca una minaccia e cosa invece no. In definitiva, le difficoltà sono constatabili sia se assumiamo una prospettiva diacronica, sia se il punto di vista è invece sincronico.

19 Cfr. G. Peces-Barba, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 2004; E. Rippepe, *Sulla dignità*, in Id., *Sulla dignità e su alcune altre cose*, Torino, 2014.

20 Cfr. R. de Asís Roig- A. Palacios, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, 2007, pp. 45-55.

c) In terzo luogo, troviamo la questione della *risposta istituzionale*. Qui ci muoviamo in un terreno in cui occorre determinare disegni istituzionali ottimali. E occorre prendere decisioni relative a questioni tecniche (differenziare tra i meccanismi e metodi più adeguati in funzione dei diritti da proteggere e delle minacce o aggressioni alle quali reagire) e anche riferite alla legittimità che sostiene i disegni istituzionali. Tutta la discussione che forma parte del cuore del costituzionalismo, in relazione alla maggiore o minore pertinenza dell'intervento del giudice (costituzionale) nella garanzia dei diritti e in relazione alla tensione tra giudice e legislatore è espressione delle difficoltà quando si tratta di identificare un disegno istituzionale ottimale. Si noti che non sto parlando di modelli "aggressivi" dei diritti, bensì di quelli costituzionali, teoricamente più impegnati verso la loro protezione.

5.

Ma in questa sede desidero proporre una questione più generale e di portata più ampia. Si tratta della questione se il diritto, così come lo conosciamo, sia un meccanismo ottimale per proteggere i diritti. Credo che questa questione sia pertinente quando talvolta, nell'ambito di un discorso che si presenta come post-moderno, si sottopone a revisione la capacità regolatrice del diritto. Tuttavia, probabilmente, è necessario effettuare una precisazione. Perché sottoporre a revisione un modello giuridico non implica necessariamente sottoporre a revisione anche la stessa possibilità, e necessità, che le condotte umane e sociali siano sottoposte a regole. Inoltre, mi pare che il fatto che gli esseri umani siano giunti a determinate convinzioni (non so se si tratti di una visione forse troppo ottimista) sui vantaggi dell'organizzazione sociale in accordo a regole e modelli di comportamento rispetto all'opzione della forza bruta e dell'arbitrarietà possa considerarsi come un progresso morale e civile. Ciò che è certo è che viviamo in un universo normativo, "fatto di regole di comportamento spesso date per scontate, di sensi del diritto e del torto, di

giudizi espressi in termini di lecito e illecito, di valido e invalido, di ammissibile e inaccettabile che concorrono ad organizzare la nostra vita sociale²¹. In ciò la questione è quella di sapere se vi siano alternative al diritto in termini di efficacia sociale. È vero che l'efficacia sociale non è l'unico criterio in accordo al quale occorre valutare i sistemi di gestione sociale. Occorre tenere in considerazione anche la correttezza materiale di tali sistemi. Ma nelle società post-secolarizzate delle quali parla Habermas, e plurali, l'accordo sulla correttezza è più difficilmente raggiungibile. Pertanto, ha senso sollevare la questione, come fa lo stesso Habermas, del ruolo della legalità nell'affermazione della legittimità²².

Dunque, come segnale, la questione non è tanto quella di sottoporre a revisione l'idea di diritto, e la sua funzione sociale, bensì quella di un determinato modello di diritto e la sua capacità operativa. È risaputo che Paolo Grossi ha sollevato la questione facendo riferimento ad un cambio di paradigma, che si produce nel superamento di una modernità che preconizzò un assolutismo giuridico da parte di una post-modernità propria di un'epoca di pluralismo in cui si assiste ad una proliferazione di fonti, in cui la piramide è sostituita dalla rete, e in cui pare che i principi che ci permettevano di comprendere la fisionomia dell'ambito giuridico, per esempio il principio di gerarchia, non svolgano più il ruolo che hanno sempre svolto. La questione se il disegno istituzionale ottimale in relazione ai diritti possa rinunciare al principio di gerarchia è particolarmente rilevante. Teniamo in considerazione che l'ambito dei diritti è particolarmente sensibile in relazione alla morfologia del sistema giuridico, dunque occorre cercare un alto grado di determinazione, per quanto possibile, non solo nel riconoscimento dei diritti, bensì anche nell'istituzione di meccanismi di garanzia e di strategie di istituzione e di esigenza di responsabilità.

Prima di continuare, desidero segnalare che non mi è possibile in questa sede analiz-

21 R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 22.

22 Cfr. J. Habermas, *Come può la legittimità fondarsi sulla legalità?*, in Id., *Morale, Diritto, Politica*, a cura di L. Ceppa, Torino, 1992, pp. 5-41.

zare l'interessante questione relativa alla domanda se la postmodernità giuridica di cui parla Grossi sia maggiormente espressione di un *desideratum* che di una fedele descrizione della realtà. In ogni caso, ciò che mi interessa segnalare è che, evidentemente, tale configurazione postmoderna del diritto ha conseguenze (o, almeno, pare averle) in relazione al futuro dei diritti.

In diversi scritti, ma penso in particolare al suggestivo *Ritorno al diritto*, Grossi – un autore con il quale, come ha ricordato Giulia Labriola, il filosofo del diritto deve misurarsi presto o tardi²³ – ha rivendicato un ritorno al diritto a partire da una crisi sia delle fonti sia della loro sistematizzazione rigidamente gerarchica; crisi che, allo stesso tempo, implica una crisi dello Stato come produttore esclusivo della legge²⁴. Questo ritorno al diritto implica in realtà “riscoprire [...] la complessità del diritto: un ordine giuridico complesso, dove la fonte autoritaria della legge è solo uno dei molti canali di produzione giuridica”²⁵. Grossi rivendica un ritorno al diritto “dove hanno un ruolo non esiguo legislatore e legge, però accanto a consuetudini, riflessioni dottrinali, sentenze di giudici, prassi, tutto nel segno di un arricchente pluralismo giuridico”²⁶. Ciò significa che ci troviamo di fronte ad un'apertura delle fonti del diritto che, ovviamente, include anche la giurisprudenza. A tal proposito, mi sia permesso un inciso per segnalare che occorrerebbe vedere se la versione “moderna” del diritto (in termini di Grossi) implichi necessariamente la negazione del fatto che la giurisprudenza sia una fonte del diritto. Credo che una teoria del diritto attenta alle implicazioni normative della relazione tra diritto e potere, da un lato, e capace di superare il paradigma dell'identificazione rousseauviana della legge, come paradigma normativo, come norma generale e astratta, dall'altro lato, sia in condizione

23 Cfr. G. M. Labriola, *Pluralismo giuridico*, in G. M. Labriola (a cura di), *Ri-trovare il diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, Napoli, 2018, p. 62.

24 Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. IX.

25 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. X.

26 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 69.

di riconoscere un ruolo alla giurisprudenza come fonte del diritto²⁷.

Ad ogni modo, questa apertura delle fonti ci obbliga a rinunciare alle geometrie e a sopportare “alluvionalità e incertezze”²⁸ in un esercizio in cui ci allontaniamo dalle proposte del “corrotto Kelsen”²⁹ dove il principio di legalità, che è considerato “una reliquia storica”³⁰, è superato da un principio di giuridicità che non dipende dall’“artificioso riduzionismo”³¹ attraverso il quale la modernità ha stabilito un vincolo tra diritto e potere politico.

La certezza è “il valore fondante del progetto giuridico moderno”³².

Dunque, mi pare interessante non tanto riflettere sulla possibilità che la morfologia del diritto (postmoderno o non) sia in condizione di garantire la certezza che Grossi lega all’assolutismo giuridico, bensì sapere se la certezza abbia alcun valore indiscutibile nella gestione della vita umana sociale (che, in fin dei conti, è l’obiettivo del diritto). Si tratta, cioè, di analizzare se la rivendicazione della certezza – in un contesto in cui si rivendica ciò che Antonio Pérez Luño ha criticato nei termini di una “legalità ‘porosa’ (che sarebbe meglio definire ‘vaporosa’), o di normatività ‘diffusa’ (eufemismo che in realtà nasconde, nella maggioranza dei casi, una normatività ‘confusa’)”³³ -, per quanto possa essere stata associata a un modello giuridico che si considera ormai sorpassato, abbia solo un valore accessorio o se, piuttosto, debba considerarsi qualcosa di rilevante per la gestione della vita sociale e per la materializzazione dell’autonomia individuale; qualcosa di importante che il diritto postmoderno non è nelle condizioni di garantire.

27 Cfr. F. J. Ansuátegui, *Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma*, in AAVV, *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, 2006, pp. 519-554.

28 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. XII.

29 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 78.

30 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 71.

31 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 5.

32 T. Greco, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, in “*Rivista di Filosofia del Diritto*”, V (2016), n. 1, p. 54.

33 A. E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, in “*Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*”, Sevilla, 1993, p. 101.

La postmodernità giuridica è vincolata ad un pluralismo sociale al quale corrisponde un pluralismo giuridico, ci dice Grossi.

Nel caso in cui il pluralismo sociale sia inteso in termini di pluralismo culturale e morale, tale pluralismo influisce direttamente sull’identificazione dei diritti e del loro contenuto, delle sue modalità di violazione e delle strategie di protezione. Perché, a differenza di quanto osserva Grossi, non ritengo che sia facile affermare che in questo contesto esistano “principii e metodi ben radicati nei valori generalmente condivisi da una comunità storicamente viva, capaci di offrire, in grazia dei loro contenuti, fondazioni durevoli, ma anche disponibili a riflettere i segni dei tempi che mutano”³⁴. E non è facile perché quando si tratta di effettuare tale identificazione, le posizioni sono plurali. Il pluralismo non solo è il pluralismo giuridico del quale parla Grossi, bensì è anche il pluralismo sociale, culturale, morale, che progressivamente ha caratterizzato le nostre società. Dunque, tale pluralismo sociale, che certamente è una questione di fatto, è una ragione sufficiente per non assumere posizioni, prendere decisioni in relazione con i diritti? Se la risposta fosse negativa, occorrerebbe accettare che, allo stesso tempo, la responsabilità della decisione – e gli effetti pratici della stessa – implica l’ammissione di un qualche tipo di certezza.

Non è superfluo sottolineare che l’ambito dei diritti costituisce uno spazio “sensibile” in relazione all’incertezza, anche solo per la sua rilevanza morale e per ciò che le persone rischiano di perdere quando si mettono in dubbio i diritti. Ci troviamo in un ambito nel quale è particolarmente apprezzabile la riduzione delle incertezze cognitive, motivazionali e organizzative, che – d’accordo con Habermas – si genera quando, come nel caso dei diritti, si produce una positivizzazione della morale³⁵.

Se i diritti, il loro riconoscimento, la loro protezione esigono qualche tipo di certezza

34 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 71.

35 Cfr. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. e trad. di M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998, pp. 171 e ss.

(che, come ha ricordato Tommaso Greco, si trova, con la nozione di incertezza, in una relazione polare in cui è possibile un “più” e un “meno”³⁶) e il diritto postmoderno è incapace di assicurare tale certezza, potrebbe concludersi che ai diritti (almeno per come sono stati concepiti sino ad ora) è difficile assegnare uno spazio in tale modello di diritto. O che la loro vita sarà soggetta al caso. Ma ciò, allo stesso tempo, ci obbligherebbe a riformulare la relazione tra il diritto (come proposta di organizzazione sociale) e i diritti, dove il diritto ha sempre presentato una dimensione strumentale – e anche artificiale – in relazione ai diritti. Parrebbe potersi affermare, dunque, che sono cambiati i ruoli e che il diritto (un diritto che pare aver rinunciato al principio di legalità e a quello di gerarchia delle fonti) ha sostituito i diritti nel loro ruolo di *ultima ratio* dell'insieme sociale.

Francisco Javier Ansuátegui è professore di Filosofia del diritto presso l'Università Carlos III di Madrid. È membro dell'Istituto dei diritti umani Bartolomé de las Casas di quell'Università. È stato presidente della Società Spagnola di Filosofia Giuridica e Politica ed è direttore della rivista “Derechos y Libertades”.

javofil@der-pu.uc3m.es

³⁶ Cfr. T. Greco, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, cit., p. 55.