

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Isabel Trujillo

(a cura di)

Storie dei diritti umani

G. Giappichelli Editore

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

collana diretta da

FRANCESCO D'AGOSTINO, FRANCESCO VIOLA
SALVATORE AMATO e ISABEL TRUJILLO

Settima serie – 138

Comitato scientifico internazionale

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

Procedure di valutazione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In copertina:

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

Isabel Trujillo
(a cura di)

Storie dei diritti umani



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

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

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



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

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

Indice

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

INTRODUZIONE

di *Isabel Trujillo*

Sommario:

1. Diritti umani e diritto. – 2. Evoluzione storica e storie dei diritti. – 3. Storia e filosofia dei diritti umani.

1. Diritti umani e diritto

Questo volume raccoglie gli atti della Summer School “Histories of Human Rights”, tenutasi dal 18 al 22 giugno 2018 e dedicata a celebrare i venticinque anni del dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” dell’Università di Palermo.

Nell’anno di inizio del progetto, il 1992, gli studi organici sui diritti umani in Italia erano molto scarsi¹. Il tema ancora stentava a decollare, non solo come oggetto di ricerca, ma prima ancora come fenomeno giuridico, sociale e politico. Due dati di contesto dell’epoca, uno mondiale, l’altro regionale, possono dare la misura dell’evoluzione del fenomeno, che effettivamente inizierà a fiorire solo alla fine degli anni Novanta. Sul fronte mondiale, solo nel 1993, dopo la *World Conference on Human Rights* in Vienna, l’Assemblea generale delle Nazioni Unite creerà l’Alto com-

¹ Da dieci anni esisteva a Padova il *Centro di studi e di formazione sui diritti della persona e le libertà fondamentali*, dal 2017 denominato *Centro di Ateneo per i Diritti umani Antonio Papisca*, in onore del suo fondatore. Occorre aspettare la seconda decade del nuovo millennio per vedere fiorire centri di ricerca accademici sui diritti umani nelle università più prestigiose: il *Center of Governance and Human Rights* in Oxford è stato fondato nel 2010; a Stanford nel 2014 il *War Crimes Studies Center* si trasforma nel *Center for Human Rights and International Justice*; il *Bonavero Institute of Human Rights* dell’Università di Oxford è del 2017.

missariato per i diritti umani², che a partire da quel momento svolgerà un ruolo cruciale nel monitoraggio e promozione dei diritti umani nel mondo. Sul fronte regionale, la Corte europea dei diritti umani, oggi punto di riferimento fondamentale per la tutela giurisdizionale dei diritti, inizierà a sedere a tempo pieno solo nel 1998.

Gli *Human Rights Watch World Reports* del 1992 e del 1993³, pur segnalando che il discorso sui diritti umani andava guadagnando consenso più che mai – in particolare intorno all’idea che il modo in cui i governi trattano i propri cittadini non è esclusivo affare interno degli Stati e che i diritti devono essere al centro di un mondo sicuro e stabile –, notavano come nonostante la fine della guerra fredda essi venissero minacciati dall’emergere di ideologie discriminatorie e di conflitti etnici di ogni tipo (non solo quello nella ex-Yugoslavia), e come i diritti venissero snobbati nella politica estera di molti paesi, per primi gli Stati Uniti, allora sotto l’amministrazione di George H.W. Bush. Il rapporto del 1992 aveva celebrato l’azione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nella protezione della popolazione curda contro Saddam Hussein, come una prima esemplificazione del fatto che la comunità internazionale poteva limitare formalmente la sovranità di una nazione sul proprio territorio sulla base dell’esigenza del rispetto dei diritti umani.

Questo tipo di intervento annunciava già uno dei modi – non l’unico per fortuna, ma, a mio modo di vedere, uno dei più problematici – in cui i diritti umani si sono sviluppati negli ultimi trent’anni. Si tratta della tendenza a dimenticare che l’impresa di tutelare i diritti umani era stata la scelta opposta al ricorso alla forza e dunque alla guerra e che, dopo le due guerre mondiali, i diritti erano diventati il cuore di un progetto di cooperazione internazionale e di ricerca di mezzi pacifici per la risoluzione dei conflitti. Tale progetto avrebbe dovuto condurre ad una profonda trasformazione dello Stato, delle relazioni internazionali, delle organizzazioni internazionali, e anche dei mezzi da usare per risolvere gli inevitabili conflitti e pertanto evitare la guerra. È questa forse la peggiore delle distorsioni del progetto dei diritti uma-

² Con la risoluzione A/RES/48/141.

³ Si possono vedere in <https://www.hrw.org/reports/1992/WR92/> e <https://www.hrw.org/reports/1993/WR93/>.

ni, che oggi appaiono da questo punto di vista come una rivoluzione mancata⁴. Questo non è l'unico aspetto criticabile della loro evoluzione recente, come si vedrà in seguito. Eppure le dimensioni del fenomeno sono molto più ricche e articolate e la sua valutazione risulta molto più complessa. In direzione opposta a quella segnalata muove per esempio la progressiva presa di coscienza della centralità del *rule of law* a livello domestico e internazionale, ritenuto il presupposto per la realizzazione degli obiettivi della comunità internazionale, cioè la pace e la sicurezza internazionali, la protezione dei diritti e lo sviluppo sostenibile⁵.

L'intenzione del progetto dottorale palermitano era ed è di studiare i diritti umani come un fenomeno propriamente giuridico. Questo proposito non porta però ad eliminare gli elementi culturali, politici, sociali, morali che contrassegnano quello che viene anche indicato come il movimento dei diritti umani, a ragione della ricchezza di attori, soprattutto non istituzionali, che vi partecipano, come anche della eterogeneità delle sue dimensioni. La ragione della preferenza per l'espressione "pratica dei diritti umani", che si ispira alla concezione del diritto come pratica sociale⁶, è il ruolo catalizzante e trainante che svolge il diritto nella tutela dei diritti umani, se è vero che, nonostante i diritti non siano un fenomeno esclusivamente giuridico, i movimenti dell'opinione pubblica, le azioni e strategie delle organizzazioni internazionali, le teorie elaborate, le pretese di diritti avanzate, le denunce e le reazioni sociali alla violazione dei diritti sono volte a sollecitare azioni giuridiche di vario tipo, dalle dichiarazioni solenni alle azioni nelle corti, passando per patti e accordi tra gli Stati.

Più che consacrare una qualche superiorità dell'elemento giuridico, sembra che i diritti abbiano condotto a modificare il modo di comprendere il diritto, intendendolo come un fenomeno

⁴ Ho ricostruito la evoluzione storica di questo segmento della pratica dei diritti nel mio *L'oblio del diritto alla pace nella pratica dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 79, 1, 2019, pp. 19-33.

⁵ Fondamentale a questo proposito è la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite in sessione plenaria A/RES/67/1 del 2012.

⁶ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Edizioni Jaca Book, Milano 1990.

aperto a tutte quelle dimensioni politiche, sociali, culturali e morali, con buona pace per le prescrizioni della scienza pura del diritto di stampo kelseniano. Anche per questo nello studio dei diritti umani è benvenuto il contributo corale di discipline giuridiche e non giuridiche. Oggi, sebbene significativamente il dottorato sia accessibile a candidati di studi magistrali diversificati, il collegio è formato prevalentemente da docenti e ricercatori di discipline giuridiche. Non per questo però si è persa la sensibilità per gli apporti multidisciplinari e per le contaminazioni. Anzi, quello che si è potuto osservare in questi anni è proprio il cambiamento del concetto di diritto degli stessi giuristi, come anche dell'approccio generale della scienza giuridica verso il suo oggetto, che è divenuto molto meno formale, asettico, puro, e più sensibile al ruolo sociale del diritto, alle sue interazioni politiche e alle sue presupposizioni culturali e morali. Per lo meno in parte, questi sono tutti effetti dell'irrompere dei diritti umani nel mondo giuridico.

Volendo fin dall'inizio mettere a tema argomenti cruciali della problematica dei diritti, la seconda Settimana dei diritti nel 1998 – allora principale appuntamento didattico annuale – fu dedicata a celebrare i cinquant'anni dalla Dichiarazione universale, con contributi di pregevoli studiosi che facevano il punto precisamente sui suoi effetti sul diritto positivo⁷.

La terza Settimana dei diritti fu riservata alla presunta opposizione tra i diritti di libertà e i diritti sociali⁸, un argomento che anche oggi solleva questioni relative al ruolo dello Stato nella tutela dei diritti, ai tipi di doveri corrispettivi ai diritti, alle concezioni minimaliste e massimaliste dei diritti, all'estensione del dovere di aiuto materiale. Nel suo ultimo libro Martha Nussbaum traduce in questi termini le esigenze derivanti dal principio di beneficenza, come contrapposte a quelle della giustizia, che riguarderebbero invece esigenze di rispetto della libertà e della proprietà altrui⁹. Le

⁷ Gli atti sono stati pubblicati nel volume n. 11 del 1998 della rivista *Ragion pratica*, dal titolo *Gli effetti sul diritto positivo della Dichiarazione Universale del 1948*, a cura di F. Viola.

⁸ Gli atti sono stati pubblicati nel volume n. 14 del 2000 della rivista *Ragion pratica*, dal titolo *Diritti sociali vs. diritti di libertà?*, a cura di A. Schiavello e I. Trujillo.

⁹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *The Cosmopolitan Tradition: A Noble but Flawed Ideal*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. 2019.

prime sarebbero tipicamente alla base dei diritti sociali da garantire agli altri in forma di prestazioni positive, mentre le seconde richiamano i diritti di libertà, che si esprimono attraverso doveri di astensione da interferenze. Questa biforcazione, la cui declinazione all'interno della pratica dei diritti umani è alla base del saggio di Samuel Moyn, riguarda, in ultima istanza, il contenuto dei diritti. Ancora oggi infatti si discute se essi si attestino come libertà civili e politiche, o se invece la tutela della dignità della persona richieda la protezione dei suoi interessi fondamentali, e se questi siano sostanzialmente da individuare secondo parametri che livellano verso il basso, secondo formule minimaliste, inevitabilmente problematiche. Tutto ciò a fronte di un aumento esponenziale delle diseguaglianze e della povertà. Ci si domanda allora se sia possibile pensare che la dignità umana sia rispettata in chi muore di fame, a fronte degli sprechi di cibo nel mondo ricco, in chi non ha cure soddisfacenti per malattie debellate altrove da decenni, in chi non ha istruzione o alcuna competenza, o non ha la possibilità di dare un contributo alla società attraverso un lavoro decente¹⁰. Non è questa la sede per discutere adeguatamente questo punto, su cui nel saggio di Moyn si trovano interessanti indicazioni. Si può però osservare che la tutela della dignità è un precetto che incombe su tutti gli attori coinvolti nella pratica dei diritti e che tipicamente essa impone azioni in favore degli altri, azioni da interpretare alla luce della indivisibilità dei diritti e la loro interdipendenza, peraltro sancite durante la *World Conference on Human Rights*, nella *Vienna Declaration and Programme of Action* del 25 di giugno del 1993.

I venticinque anni di dottorato hanno consentito, prima annualmente, poi quattro volte l'anno, di studiare e ripensare i più diversi aspetti del fenomeno, e di approfondirli e discuterli con esperti provenienti da tutto il mondo¹¹.

¹⁰ Molto istruttivo a questo proposito il lavoro di M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2020.

¹¹ I dati degli alunni e degli esperti coinvolti nei primi venticinque anni si trovano nel sito del dottorato: <https://www.unipa.it/Dottorato-Diritti-Umani/>. Gli atti delle settimane di studio e delle *winter e summer schools* sono stati quasi tutti pubblicati sulla rivista *Ragion pratica*, ma anche su altre riviste.

2. Evoluzione storica e storie dei diritti

In occasione della commemorazione dei venticinque anni la scelta del tema è caduta sull'aspetto storico, data la convergenza tra la possibilità di guardare indietro all'esperienza dottorale per un periodo significativo di anni e la più generale ripresa di una riflessione storica sui diritti dopo il 2010, di cui sono protagonisti alcuni degli autori in questo volume ¹².

Sul primo fronte, si è già visto come, in effetti, i venticinque anni di dottorato hanno accompagnato l'evoluzione di questo fenomeno lungo un periodo particolarmente significativo per la loro maturazione. Uno dei compiti scientifici del programma di dottorato in diritti umani è proprio quello di studiarne l'evoluzione storica, da intendere prima di tutto come storia interna della pratica della tutela dei diritti umani, una storia che inevitabilmente dipende da come essi vengono concepiti.

L'indagine sull'evoluzione storica richiede un punto di partenza abbastanza definito, a partire dal quale si possa rilevare il *novum* di un fenomeno ben identificabile e di conseguenza ricostruirne l'andamento storico, perché i fenomeni sociali prendono forma attraverso il tempo e questo succede ovviamente anche ai diritti. Un fenomeno giuridico è solitamente identificabile attraverso eventi, ruoli, norme, istituzioni, che – e questo è il contributo principale dell'idea di pratica sociale – mirano a realizzare un programma d'azione. Il *novum* che contraddistingue la pratica giuridica dei diritti ha a che fare precisamente con il proposito degli Stati, delle organizzazioni internazionali e della comunità internazionale nel suo insieme, formulato solennemente a ridosso della seconda guerra mondiale, di rispettare i diritti delle persone senza discriminazione, come si addice alla loro dignità, e il documento giuridico che suggella questo inizio è sicuramente

¹² Sul fronte dell'evoluzione storica si segnalano S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010 e E.A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2014. Tra la storia e l'evoluzione storica, si veda P. SLOTTE-M. HALME-TUOMISAARI (a cura di), *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015. In quest'ultimo volume è contenuto il capitolo di Annabel Brett, che qui offriamo in traduzione italiana.

la Dichiarazione universale dei diritti del 1948. Pur essendo non obbligatoria giuridicamente in quanto atto di *soft law*, la Dichiarazione esprime esplicitamente il progetto che le nazioni si propongono di portare avanti insieme, più tardi convalidato da patti veri e propri, dall'istituzione di corti, dalla creazione di agenzie internazionali, e di molte altre azioni costruttive e costitutive della pratica¹³. La Dichiarazione segnala cioè una volontà nuova, di cambiamento, da parte degli Stati, al loro interno e nelle loro relazioni, che dovrà essere sostenuta e realizzata anche dalla società civile e che è volta a stabilire il primato della protezione della dignità delle persone. In quanto pratica di carattere normativo, essa non viene invalidata da imperfette o perfino devianti interpretazioni e implementazioni, anche se queste ne vanificano gli effetti e sono rilevanti a lungo andare per il suo consolidamento o per la sua erosione. Fino a prova contraria, resta però aperta la possibilità di assumere interpretazioni e di realizzare implementazioni che ne inverino la finalità costitutiva. E questa è la sfida dei diritti, per nulla semplice.

È significativo notare che tutti i saggi pubblicati nel volume condividono l'idea che i diritti umani servano un programma d'azione, anche se esso viene diversamente descritto¹⁴. Solo identificando tale progetto si può ricostruire la storia del fenomeno e si possono anche fare storie dei diritti umani senza forzature, cioè senza cadere nel tranello di elaborare percorsi lineari e di trovare facili predecessori dei diritti umani, risalenti a vicende più o meno lontane nel tempo, nonostante la comunanza di un vocabolario, primo fra tutti, quello dei diritti soggettivi. Il punto è che il linguaggio dei diritti – così come quello delle limitazioni

¹³ In questo senso sarebbe opportuno che nelle cronologie dei diritti umani si facesse una distinzione tra gli eventi che riguardano questo fenomeno nuovo e altri che, pur presentando analogie, vanno ricondotti a progetti diversi. Talvolta sia le storie, sia le cronologie vengono fatte risalire millenni addietro, rendendo aleatoria la ricostruzione di una vera e propria storia del fenomeno.

¹⁴ Annabel Brett collega i diritti umani alla protezione dei soggetti vulnerabili, mentre Samuel Moyn – individuando la loro maturazione attuale solo in seguito alla fine del processo di decolonizzazione, e quindi trascurando quella fase della evoluzione dei diritti in cui lavora soprattutto il diritto all'autodeterminazione dei popoli – identifica il progetto dei diritti umani con la loro versione individualista, figlia del neoliberalismo.

del potere – può servire imprese diverse. Come sostiene Martti Koskenniemi, con i diritti si possono fare cose diverse. La cosa importante è dunque individuare le caratteristiche specifiche dell'impresa dei diritti umani e saperla confrontare con, e differenziare da, altri progetti possibili. Nel saggio di Moyn, per esempio, si sostiene che il progetto dei diritti umani è molto diverso da quello del liberalismo classico, e da distinguere nettamente dalle forme in cui il liberalismo si è evoluto, quali il neoliberalismo o l'*international liberalism*, anche se questi secondo l'autore hanno influenzato fortemente la maturazione dei diritti come noi oggi li conosciamo e li pratichiamo. La tradizione liberale classica era portatrice di un intenso progetto politico di libertà ed eguaglianza e di promozione del benessere degli individui dentro lo Stato. Per Moyn i diritti umani sono invece diritti oltre lo Stato, ma sono (o, forse, sono diventati?) molto poco egualitari e meno ancora welfaristi. Per lo meno, questa è l'impronta che alcune delle evoluzioni del liberalismo, compagne di viaggio dei diritti in questi ultimi trent'anni, sembrano avere dato alla pratica della tutela delle persone. I risultati sono i diritti minimi, le disegualtanze dilaganti, l'individualismo. Ci si dovrebbe invece chiedere se il progetto dei diritti umani – che difficilmente contrappone i diritti di libertà e i diritti sociali¹⁵, come si diceva prima – non vada invece nella direzione dell'estensione di quel progetto liberale classico oltre i confini dello Stato.

Il saggio di Koskenniemi esplora percorsi diversi e sembra muoversi sul fronte di quelle che potrebbero essere chiamate storie dei diritti, da distinguere dalla evoluzione storica dei diritti umani. Le tre storie di cui si occupa riguardano fenomeni e teorie che talvolta sono state ritenute precorritrici dei diritti umani. Si tratta della tradizione della scolastica spagnola del Cinquecento, dell'*ethos* civile protestante della emergente classe mercantile del Seicento e delle dottrine della scuola fisiocratica che alimentano la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino della Rivoluzione francese nel Settecento. La prima è volta ad elaborare una teoria dei diritti soggettivi fondati sull'idea del soggetto come *dominium sui*, che nel pubblico giustifica la sovranità e nel

¹⁵ Non foss'altro perché la indivisibilità dei diritti è stata formalmente sancita e nell'ottica dei diritti come pratica giuridica questo elemento è rilevante.

privato la proprietà, ma che sostiene anche l'esistenza di altri diritti quali quello di circolare liberamente, di migrare, di prendere altra cittadinanza, di godere dei beni comuni, come l'acqua dei mari e dei fiumi. Si tratta di una dottrina in cui né la sovranità è assoluta, né lo è la proprietà, entrambe limitate dal diritto naturale, che nel primo caso fissa condizioni all'autorità (il perseguimento del bene comune) e nel secondo caso pone vincoli alla proprietà privata perché i beni della terra sono destinati a tutti.

Il secondo percorso, impersonato da Hugo Grozio, porta all'elaborazione di un sistema raffinato di diritti soggettivi naturalizzati che fanno da *pendant* ad una sovranità assoluta e al diritto di proprietà come diritto naturale per eccellenza. La distinzione groziana tra diritti perfetti e imperfetti perpetua la (discutibile) opposizione tra giustizia e beneficenza o umanità di memoria ciceroniana¹⁶. Questa divaricazione porta, per un verso, alla identificazione della dimensione giuridica con *l'enforcement* (è proprio questo che distinguerebbe diritti perfetti e imperfetti, che cioè siano o meno giustiziabili), e, per altro verso, porta ad identificare il ruolo dello Stato in forma negativa, cioè come esigenza di rispetto di un equilibrio che si trova altrove, in una rete interindividuale di diritti soggettivi preesistente, che sono, sostanzialmente, diritti patrimoniali. Questo assetto sarebbe il più adatto a garantire le libertà dei mercanti e nel mercato.

La terza vicenda alimenta la costruzione di una versione naturalistica dei diritti soggettivi individuali che continuerà a sostenere il mercantilismo degli Stati europei, ma anche la proclamazione francese di diritti universali antecedenti allo Stato. Le tre storie partono dalla nozione soggettiva di *ius*, a cui si dà un contenuto solo apparentemente simile. La domanda che permane è: visto quello che si può fare con i diritti fondati sul *dominium*, con i diritti naturali o con i diritti patrimonialisti nel mercato, cosa (di diverso?) ci proponiamo di fare con i diritti *umani*?

Se si accetta la distinzione tra evoluzione storica e storie dei diritti umani, si può osservare come il saggio di Annabel Brett si muova su un doppio binario. L'autrice parte dalla disamina delle opinioni discordanti sui diritti umani di autori riconducibili al tomismo o alla filosofia sociale del cattolicesimo, tra i tanti protagonisti del dibattito teorico sui diritti umani dalle origini fino

¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 46.

agli anni Ottanta. All'interno di questa corrente, l'autrice nota la contrapposizione tra Maritain e Finnis, da un lato, che valorizzano i diritti, e MacIntyre e Villey, dall'altro, critici dei diritti umani. Per spiegare questa differenza di posizioni pur partendo dalla stessa ispirazione l'autrice esamina alcuni aspetti problematici del diritto soggettivo in Tommaso D'Aquino e nei suoi seguaci nel Cinquecento, Vitoria e Soto, che alcuni tomisti ritengono traditori¹⁷. Nel saggio vengono ricostruite alcune delle ragioni della divergenza di opinioni rilevata. Si tratta della coesistenza nelle dottrine tomistica e scolastica di diversi concetti di diritti: i *dominium rights*, da distinguere dai *natural rights*, tanto per incominciare. Il punto però è che nessuno di quei modelli risponde a quello che noi oggi intendiamo per diritti umani. Non perché non vi sia alcuna relazione tra essi – al contrario, vi sono parecchie affinità –, ma perché le concezioni dei diritti (sia quella degli autori antichi, sia anche la nostra) vivono all'interno di pratiche che danno senso all'impresa generale. Anche nel nostro mondo giuridico vi sono diverse tipologie dei diritti. La questione davvero cruciale è a quale progetto complessivo i diritti umani rispondano. Secondo l'autrice, si tratta di un progetto che ha a che fare con la protezione dei soggetti vulnerabili, aspirazione lontana dai diritti di proprietà, ma anche dall'autodifesa e dalla sopravvivenza, che sono le logiche tipiche dei diritti naturali.

Il saggio di Fiona Macmillan si può elencare sul fronte della prospettiva dell'evoluzione storica, in quanto studia l'intreccio tra i diritti umani e il regime internazionale della proprietà intellettuale consacrato dall'accordo TRIPs e dall'opera dell'Organizzazione mondiale del commercio. L'articolo 15, comma 1, lettera c del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che riconosce il diritto di ogni individuo a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti dalla produzione scientifica, letteraria o artistica di cui è autore, viene ambigualmente interpretato, anche da organi preposti a promuovere i diritti umani, esclusiva-

¹⁷ Questa accusa si allaccia anche alla nota polemica se il concetto di diritto soggettivo fosse presente in epoca antica e medievale. Si veda B. TIERNEY, *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, in *The Review of Politics*, 64, 3, 2002, pp. 389-406 con interventi critici di J. FINNIS-D. KRIES-M.P. ZUCKERT e replica finale di B. TIERNEY (pp. 407-420).

mente nei termini in cui il regime internazionale protegge la proprietà intellettuale. Questa interpretazione non solo trascura molte azioni possibili per realizzare quella tutela agli autori che il Patto promuove (quali prestazioni sociali di vario tipo), ma guarda – forse ipocritamente – dall’altro lato per non vedere che in realtà quel regime di proprietà intellettuale è uno strumento di investimento nelle mani delle multinazionali. La lettura proprietaria del patrimonio artistico, culturale, scientifico, ignora del tutto l’esigenza veicolata dai cosiddetti diritti di terza generazione quali diritti collettivi a beni comuni, tra i quali si trova quello a godere di un patrimonio culturale comune. Di quest’ultimo viene offerta una versione riduzionista nei termini di diritti delle popolazioni indigene alla terra e al proprio patrimonio culturale. Si suggerisce così l’idea che quel diritto a partecipare e a godere del patrimonio comune sia specifico di minoranze non occidentali, quasi ad affermare che l’Occidente invece non può che riferire quelle istanze al regime proprietario, rinnegando così risorse presenti nella stessa pratica dei diritti umani.

Come segnala Brett, una delle coordinate per gestire il mondo diversificato dei diritti e anche per raccordarli è quella di individuare il loro registro, il livello di discorso nel quale si collocano. Per Vitoria e Soto, come per Tommaso d’Aquino, i *dominium rights* appartengono allo *ius gentium* o diritto delle genti, un certo livello del discorso giuridico ben radicato nell’esperienza storica, diverso dal diritto naturale. Il punto è che il diritto naturale non è sufficiente a guidare le azioni umane. È necessaria la mediazione del diritto delle genti, che colloca i diritti nel mondo reale, quello in cui occorre conciliare esigenze come la destinazione universale dei beni della terra e la proprietà e l’uso di essa.

Al rapporto tra diritti umani e diritto delle genti è dedicato il saggio finale, volto a spiegare in che senso i diritti umani possono essere considerati parte del diritto delle genti del nostro tempo. La questione richiede che si rifletta sul significato e sul ruolo del diritto delle genti e questa problematica serve ad assumere un certo approccio nell’accostarsi al diritto e ai diritti. Il diritto delle genti viene presentato come una delle dinamiche originarie del diritto positivo, quella in cui specifiche esigenze di giustizia si intrecciano con esigenze di coordinazione che hanno origine (e a cui si deve dare risposta) nel tempo. Per comprendere il diritto delle genti si deve precisamente valorizzare l’aspetto sociale

e storico del diritto. Il diritto emerge dal basso, da dinamiche sociali. Esso è radicato in dinamiche concrete e storicamente determinate, dove gioca un ruolo importante l'interazione, la memoria comune, come anche la ricerca della giustizia. Ricondurre i diritti umani al diritto delle genti significa enfatizzare il ruolo di una molteplicità di attori della pratica giuridica, ma anche approfondire il progetto di umanizzazione delle istituzioni politiche e giuridiche domestiche e internazionali veicolato dall'esigenza di rispetto della dignità di ciascuna persona.

3. Storia e filosofia dei diritti umani

Riguardo alla storia dei diritti accade quanto Francesco Viola nota a proposito della loro fondazione. È noto che i diritti possono essere fondati in modo diverso e che ai tempi della firma della Dichiarazione universale si è deciso di prescindere da un'intesa sui fondamenti e di assecondare quello che è stato chiamato un accordo pratico, volto ad eludere le problematiche della fondazione teorica a favore dell'impegno a renderli effettivi. In quanto componenti di una pratica giuridica, non vi è dubbio che i diritti siano compatibili anche con una pluralità di teorie, perché il diritto è conciliabile con il pluralismo teorico e morale, così come non vi è dubbio che la pratica dei diritti sia compatibile con diritti di struttura diversa. Ma la vera questione è che il fondamento della pratica dei diritti è una cosa diversa dal fondamento dei diritti e della questione della loro struttura. Altrimenti si cade nella fallacia di scambiare una parte con il tutto. Anche dei diritti pubblici soggettivi si discuteva se fossero meglio intesi come volontà presupposte dall'ordinamento giuridico o come interessi da tutelare da parte dell'ordinamento giuridico¹⁸, ed entrambe le teorie presentavano aspetti positivi e negativi. Ma la differenza con i diritti umani, di cui si trova pure una *choice theory* (Herbert Hart¹⁹) e una *interest*

¹⁸ La prima segue l'orientamento di Bernhard Windscheid e la seconda di Rudolf von Jhering. Per una sintesi delle posizioni, cfr. G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 61-64.

¹⁹ H.L.A. HART, *Are There Any Natural Rights?* (1955), in J. WALDRON (a cura di), *Theories of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1984, pp. 77-90.

theory (Neil MacCormick²⁰) nella *jurisprudence* anglosassone del Novecento²¹, sta nel significato complessivo dell'impresa. Nel caso dei diritti pubblici soggettivi si discuteva del presupposto in base al quale lo Stato attribuisce un diritto (una volontà o un interesse rilevante). Nel caso dei diritti umani la teoria della scelta presenta il titolare dei diritti come un piccolo sovrano che si difende dagli altri e dallo Stato con lo scudo dei suoi diritti, mentre la teoria dell'interesse identifica i diritti con alcuni beni fondamentali da riconoscere ai titolari dei diritti. Si tratta di modi diversi di concepire il titolare dei diritti, che hanno implicazioni sul modo di immaginare i doveri corrispettivi. Come è noto, nessuna di quelle due letture è del tutto soddisfacente. La tutela della dignità umana talvolta richiede un'astensione dall'interferenza con l'azione del titolare dei diritti, tal'altra una prestazione specifica oppure una partecipazione al patrimonio comune.

La idea di Francesco Viola è che occorra indagare la natura dei diritti umani (e non già il loro concetto astratto) alla luce di una concezione del diritto come pratica sociale. In poche parole, questa proposta implica che il diritto non sia definito soltanto come un sistema di norme, o un insieme di procedure o di ruoli o di rapporti, ma sia tutto questo configurato e strutturato storicamente dalla finalità che si propone di realizzare. Tale finalità è la coordinazione giusta, dove per giusta si intende rispettosa dell'*agency* di individui liberi, razionali, interdipendenti, e pertanto nemica dell'arbitrio del potere²². I diritti umani sono in questo senso un aspetto della pratica giuridica, una pratica sociale essi stessi, con la finalità generale di valorizzare la vita umana agli occhi dei poteri statali, internazionali, ma anche economici e sociali.

Ogni pratica sociale è cooperativa e coinvolge una pluralità di

²⁰ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, in *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 62, 3, 1976, pp. 305-316.

²¹ Sulla *jurisprudence* anglosassone si veda B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in ID., *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 17-83.

²² La risoluzione A/RES/67/1 del 2012 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha sottolineato la centralità del *rule of law* per la costruzione dei tre pilastri delle Nazioni Unite: la pace e sicurezza internazionali, i diritti umani e lo sviluppo.

soggetti o attori, istituzionali e non. Trattandosi di una realtà culturale e storica, essa va descritta prima di essere definita. In particolare, quella dei diritti richiede lo studio dei meccanismi per la loro protezione in senso dinamico, cioè nella prospettiva di un processo di positivizzazione che va dalle dichiarazioni solenni alla concretizzazione in norme e regole da seguire, oltre che di mezzi di implementazione e di controllo. Servono anche le narrazioni che sorreggono le varie interpretazioni che si possono dare dei diritti – illuminate anche dalle diverse storie settoriali –, ma che alla fine devono concorrere alla ricerca della migliore interpretazione dei diritti qui ed ora, migliore perché maggiormente adatta ad esprimere la finalità complessiva del fenomeno giuridico e a darvi esecuzione.

Anche da questo punto di vista i diritti umani si distinguono dai diritti naturali. I diritti umani sono culturali e dunque artificiali, sono costruiti nel tempo e nello spazio dalle azioni di attori istituzionali e non. Mentre i diritti naturali appartengono al mondo dei concetti, i diritti umani appartengono al mondo reale. Questo però li rende più fragili, perché soggetti ad azioni contingenti, come anche al gioco di forze diverse (politiche, economiche, sociali), solitamente più poderose delle norme e delle istituzioni giuridiche, ma non per questo i diritti umani sono meno importanti.

DIRITTI, STORIA, CRITICA *

di *Martti Koskenniemi*

Sommario:

1. L'uso dei diritti: tre esempi. – 1.1. I diritti in un contesto di controriforma: il XVI secolo spagnolo. – 1.2. Diritti, protestantesimo e commercio: il XVII secolo olandese. – 1.3. Diritti, impero e rivoluzione: il XVIII secolo. – 2. La forza e la fragilità dei diritti: alcune conclusioni.

Che cosa sono i diritti umani? Da dove nascono? Come possiamo sapere se esistono o se li “abbiamo”? (E cosa significa “avere un diritto”?) Qualsiasi discussione incentrata sulla natura o il ruolo dei diritti conduce presto a porsi domande a cui è possibile rispondere solo prendendo una determinata posizione su questioni alquanto spinose, oggetto di dibattito per almeno 2000 anni di pensiero politico occidentale. Nonostante alcuni ritengano, o lascino intendere, che abbiamo finalmente raggiunto un punto in cui siamo in grado di fornire delle risposte valide a domande come quelle di cui sopra, sono molti coloro che troverebbero assurdo pensare di poter condurre legittimamente una discussione sui diritti solo dopo che questa ha già avuto luogo. È certamente possibile affrontare l'argomento dei diritti in maniera significativa anche senza una solida base filosofica. In questo contesto, così come in altri, il concetto di *Gelassenheit* – il “lasciare che sia” – è particolarmente rilevante. Nel nostro mondo sono molte le azioni che svolgiamo senza saperne fornire una giustificazione precisa. Forse tutto quello che possiamo dire sui diritti, almeno per ora, è che si tratta di qualcosa da pre-

* Trad. it. di Federico Cecot, di M. KOSKENNIEMI, *Rights, History, Critique*, in A. ETINSON (a cura di), *Human Rights: Moral or Political?*, Oxford University Press, Oxford 2018.

supporre affinché ciò che facciamo nel mondo o che pensiamo di esso abbia un significato. Questo pensiero li renderebbe degli elementi di fede pragmatica, che non rimandano a nulla di più della naturale intimità che abbiamo con le nostre abitudini. Ma perché dovrebbe trattarsi di una visione errata? Non porsi queste domande esistenziali non significherebbe aver perso il treno post-moderno¹?

Nonostante una fede pragmatica sconsiderata possa occasionalmente rivelarsi utile, non è tuttavia sempre a nostra disposizione. È risaputo che la fede non nasce dal desiderio di averla. Una volta poste domande di tale complessità, non è facile dimenticarle. Il vaso di Pandora è ormai aperto e noi ci troviamo in difficoltà di fronte al contenuto. Questo potrebbe non essere il caso fintantoché discutiamo con persone che condividono la nostra opinione, ma spesso utilizziamo i diritti in contesti di disaccordo, per difendere prerogative che ci sono state negate o criticare affermazioni infondate. Il linguaggio dei diritti presenta delle conseguenze distributive. In un ambiente politico altrimenti utilitaristico, i diritti indicano le priorità che riteniamo non debbano essere annullate da nessun vantaggio netto offerto da una politica. Per questo motivo ognuno di noi ha un forte interesse nella conversione delle priorità personali in diritti. Tuttavia, senza un elenco definito di tali priorità, non viene imposto alcun limite al processo di conversione. Alla fine, tutti i conflitti sociali saranno interpretabili come conflitti per i diritti. Arrivati a questo punto sembra fondamentale trovare una risposta a domande come: Che cos'è davvero un "diritto" (rispetto a una mera "priorità")? Come possiamo sapere se esistono? Seguono una determinata gerarchia? Quali valori determinano la loro posizione? L'approccio pragmatico del "non aggiustare ciò che funziona" in questo caso non è più sufficiente. Al contrario, necessitiamo urgentemente di una risposta a domande come "Funziona per chi? A che prezzo?".

¹ Marie-France Dembour è riuscita a identificare quattro approcci per esaminare i diritti umani, considerandoli come "naturali", aspetti di "protesta", parte di una politica "deliberativa" o di un semplice "dibattito". Solo i primi due "credono" nei diritti, mentre l'ultimo principio li sfrutta come strumenti politici. M.-F. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 232-71.

Difficilmente un ritorno alla filosofia si rivelerà fruttuoso. Il XX secolo è stato inclemente con l'idea secondo cui la risoluzione dei conflitti sociali debba fondarsi su ragionamenti astratti. La filosofia odierna potrebbe aver messo una pietra sopra tale ambizione, mentre la migliore teoria politica e legale fa riferimento a vocabolari contestuali tanto confusionari quanto il mondo di cui propongono l'organizzazione. L'uso di un linguaggio universale ormai appare come un tentativo di esercitare un'egemonia², da cui deriva, a mio parere, il crescente ricorso ad antropologia e sociologia per analizzare i diritti³, nonché il notevole aumento dei resoconti storici focalizzati su questo ambito⁴. È proprio quest'ultimo l'approccio che adotterò e di cui discuterò brevemente l'importanza all'interno di questo capitolo. Se i diritti non si fondano sulla fede o sulla filosofia, forse potremmo almeno considerarli dal punto di vista storico, come parte dell'organizzazione normativa di un'epoca. Sono molte le opere storiche recenti incentrate sulla ricerca dell'origine di questa nostra attuale ossessione per i diritti individuali (umani). Questa origine è stata individuata in epoche diverse. I "diritti umani" erano già parte del diritto romano (civile)⁵? Oppure sono emersi dall'applicazione o dal recupero di tale diritto solo nel XII e XIII secolo? Rientrano nel diritto canonico o sono affiorati con l'attacco nominalista all'insorgere del razionalismo tomistico⁶? Oppure il merito per la prima articolazione significativa

²Ne ho parlato in maniera più approfondita in *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, in *European Journal of International Law*, 16, 1, 2005, pp. 113-24.

³Cfr. ad es. S.E. MERRY-M. GOODALE (a cura di), *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, Cambridge 2007; D. KENNEDY, *The Rights of Spring*, Princeton University Press, Princeton 2008; M.H. HALME-TUOMISAARI, *Human Rights in Action: Learning Expert Knowledge*, Brill, Leiden 2010.

⁴Per avere un quadro generale cfr. P. SLOTTE-M.H. TUOMISAARI (a cura di), *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015; S. MOYN, *Substance, Scale, and Salience: The Recent Historiography of Human Rights*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 8, 2012, pp. 123-40.

⁵Cfr. ad es. J. GILTAJ, *Menschenrechten in het romersche Recht?*, Wolf, Nimega 2011.

⁶L'idea secondo cui i diritti sono nati durante la disputa sulla povertà francescana, nel contesto dei dibattiti cattolici sul giusnaturalismo, è stata

dell'idea di diritti umani va attribuito alla scolastica spagnola⁷? O magari sarebbe più adeguato concentrarsi sulle idee protestanti riguardo alla resistenza all'autorità del XVI secolo⁸? Dovremmo considerare Hobbes o Grozio come i padri del concetto di diritti individuali (naturali), nel bene e nel male⁹? Oppure l'idea di questi diritti è nata solo con l'illuminismo del XVIII secolo, con il *Bill of Rights* (1776) o la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francese (1789)¹⁰? Che ruolo svolge il nesso tra la nascita dei diritti umani e l'abolizione della schiavitù o l'insorgere dei numerosi movimenti umanitari del XIX secolo¹¹?

delineata con efficacia in B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights: Studies in Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Eerdmans, Grand Rapids, MI, 1997. Cfr. anche C.J. REID Jr., *The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry*, *Boston College Law Review*, Boston, 33, 1991-2, pp. 37-92. In contrasto con la visione (ormai obsoleta) secondo la quale i diritti soggettivi sono emersi con Occam e i "moderni", Peter Garnsey ha stabilito che i Romani possedevano effettivamente il concetto di diritti di proprietà privata e individuali in generale, P. GARNSEY, *Thinking about Property: From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 194. Questa non è tuttavia la sede in cui analizzare tali teorie. Dal punto di vista giuridico, invece, vi è motivo di enfatizzare la facilità con cui è possibile riconsiderare le opinioni relative al diritto oggettivo in termini di diritti soggettivi di coloro che traggono vantaggio dall'applicazione della legge (oggettiva). È per questa ragione (*contra* B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, cit., pp. 208-16) che non esiste alcun "paradosso" nel modo in cui il "collettivismo" sarebbe in grado di elaborare una teoria dei diritti individuali.

⁷Cfr. A. BRETT *Liberty, Rights and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1997.

⁸Cfr. ad es. J. WITTE, *Rights, Resistance, and Revolution in the Western Tradition: Early Protestant Foundations*, in *Law & History Review*, 26, 2008, pp. 545-70.

⁹Si tratta della visione del più fermo critico dell'individualismo dei diritti, Michel Villey. Cfr. ad es. M. VILLEY, *Le Droit et les droits de l'homme*, PUF, Parigi 1983.

¹⁰Cfr. L. HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, Norton, New York 2007. Cfr. anche il dibattito tra Jellinek e Boutmy in merito alla vera origine dei diritti nella rivoluzione americana o francese, in K. DUNCAN, *Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State*, in *Law & History Review*, 22, 2004, pp. 493-529.

¹¹Cfr. J.S. MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origin of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford 2012. Cfr. anche S.

Altri hanno sostenuto che il percorso storico dei “diritti” non sia per nulla così lungo. Secondo questa visione alternativa, i diritti andrebbero considerati come parte della politica istituzionale del XX secolo, come elemento “nato” dai dibattiti sulla protezione delle minoranze della Società delle Nazioni o dall’approvazione della Dichiarazione universale dei diritti umani nel 1948 e come reazione all’aggressione razziale hitleriana¹². A detta di altri ancora, la nostra attuale discussione sui diritti dovrebbe basarsi su eventi perfino più recenti e interpretata come parte di un tentativo di unire liberismo economico e conservativismo religioso nel dopoguerra, una costola delle strategie della guerra fredda degli anni Settanta o un fondamento ideologico degli sviluppi istituzionali della legislazione internazionale sui diritti umani degli anni Novanta¹³.

L’approccio storico è certamente utile per comprendere i diritti di oggi, ma non sotto forma di ricerca dell’origine delle nostre pratiche odierne in materia di diritti. La sua efficacia implicherebbe un’evidenza dei nostri attuali diritti – ossia il punto di partenza della discussione – e confinerebbe il passato al ruolo di “predecessore” immaturo. L’utilità della storia non deriva dalla sua capacità di “dare origine” o “prevedere” le situazioni attuali, bensì di illustrare le modalità con cui un vocabolario politico (come il linguaggio dei diritti) è impiegabile per conseguire traguardi differenti. Ci sono forti dubbi interpretativi riguardo al significato e ai legami di “diritti naturali”, “diritti individuali”, “diritti soggettivi” e “diritti umani” in epoche diverse. Sono simili e al contempo differenti. Mentre la filosofia politica cerca di chiarire le differenze e le somiglianze nel tentativo di creare un vocabolario dei diritti affidabile, la storia – se non altro quella concettuale – prova a collocare i diritti in ambiti di

MOYN, *Of Deserts and Promised Lands: The Dream of Global Justice*, in *The Nation*, 19 marzo 2012.

¹² M.W. MUTUA, *Human Rights: A Political and a Cultural Critique*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2002, pp. 15-17.

¹³ Cfr. S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010, un classico. Cfr. anche M. DURANTI, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford 2017.

contrasto, all'interno dei quali il relativo uso è servito a difendere o attaccare strategie distributive o rivendicazioni di giurisdizione. La storia non risolve i problemi del presente, ma potrebbe liberarci dall'ansia che una perdita di fiducia nei diritti, sotto forma di insieme pronto all'uso di soluzioni ai conflitti sociali, può generare. Li preleva da un paradiso concettuale e li mette in mostra come componenti del mondo umano che conferiscono forma e significato a obiettivi diversi. Come considerarli o applicarli in un mondo scarso di risorse rimarrà sempre una questione di giudizio politico.

Per rispondere alla domanda "cosa sono i diritti umani?" senza intricarsi in una serie infinita di enigmi filosofici è possibile concentrarsi sull'uso del linguaggio dei diritti nei contesti pratici dove gli attori politici o professionisti ne hanno fatto ricorso, ad esempio per avanzare pretese, sostenere una priorità o attaccare un avversario allo scopo di difendere o contestare un determinato uso del potere. In questo capitolo descriverò alcuni usi che rientrano in questa categoria. Riconosco tuttavia i limiti di questa tipologia di storia contestuale. Qual è il "contesto" rilevante? È quello di accademici e giuristi o del potere politico, militare ed economico? Dovremmo osservare gli agenti o le strutture? Come dovremmo delimitare la questione e da quale prospettiva dovremmo esaminarla? Con queste scelte, la storia contestuale si avvicina ai suoi concorrenti dando vita a una concezione in termini *normativi* della storia, isolando gli aspetti più o meno rilevanti del passato a seconda delle questioni contemporanee¹⁴. I confini, a mio parere, non esistono: norme e storia si alimentano a vicenda in un ciclo senza fine. Penso tuttavia che l'enfasi sulla storia sia necessaria nell'ambito dei dirit-

¹⁴ Per una interessante critica del contestualismo nella storia giuridica cfr. soprattutto A. ORFORD, *The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law*, in E. JOUANNET-H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Tiers-Monde: Bilan et perspectives*, Société de Législation Comparée, Parigi 2013 e A. ORFORD, *On International Legal Method*, in *London Review of International Law*, 1, 2013, pp. 167-97. Cfr. anche J. MARTIN, *Historical Explanation and the Event: Reflections on the Limits of Contextualization*, in *New Literary History*, 42, 2011, pp. 557-71; C. TOMLINS, *After Critical Legal History: Scope, Scale, Structure*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 8, 2012, pp. 31-68.

ti umani per liberarli dal persistente pensiero ideologico fondato su un legame con delle essenze umane atemporali incapsulate in norme “universali” e “inalienabili”, un pensiero talvolta naturale, ma spesso forzato e cinico.

1. L'uso dei diritti: tre esempi

1.1. I diritti in un contesto di controriforma: il XVI secolo spagnolo

All'inizio del XVI secolo, la Spagna unificata si trovò di fronte a tre sfide. Oltre a essere estremamente dispendiosa, l'espansione nelle Americhe poneva seri interrogativi ideologici e religiosi riguardo all'estensione del mondo e alle notevoli differenze di credenze e stili di vita della sua popolazione. Ai problemi derivanti dalla gestione di un impero transcontinentale si affiancavano le preoccupazioni di coscienza legate all'ampliamento della cultura dello scambio e commerciale, impossibili da alleviare nel contesto delle principali dottrine religiose. La rapida diffusione del protestantesimo nel regno asburgico indicava che né la Chiesa né gli ideali tradizionali della sovranità cristiana erano in grado di risolvere tali questioni in maniera adeguata. Ma la Spagna era anche la sede del cuore intellettuale dell'Europa, l'Università di Salamanca, dove accademici come Francisco de Vitoria (1485/92?-1545) e Domingo de Soto (1494-1560) applicarono gli insegnamenti umanistici più moderni al fine di superare le sfide affrontate dal proprio monarca, incoronato imperatore e *Dominus mundi* nel 1519.

Quest'ultimo, i membri della élite imperiale e i mercanti di spicco consultavano regolarmente gli accademici dell'Università di Salamanca per risolvere le problematiche dovute alle nuove pratiche¹⁵. Per corroborare la leadership intellettuale e morale della Chiesa era necessario che le soluzioni da loro proposte fos-

¹⁵ Cfr. anche L. MARTÍNEZ PEÑAS, *El confesor del rey en el antiguo régimen*, Editorial Complutense, Madrid 2007. Per questo capitolo cfr. anche M. KOSKENNIEMI, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, in *University of Toronto Law Journal*, 61, 2011, pp. 1-36.

sero adeguate alle visioni religiose ereditate, senza tuttavia condannare l'espansione territoriale e commerciale o complicare la battaglia contro il protestantesimo. Al centro delle loro soluzioni ai problemi riguardanti il governo delle Indie, la guerra giusta e l'etica del commercio (scambio, banche, assicurazioni, ecc.) si trovava una nozione di diritto soggettivo, il *dominium* nelle sue due forme correlate, la sovranità e la proprietà (*dominium jurisdictionis* e *dominium proprietatis*). Vitoria e Soto argomentavano che gli uomini erano stati creati liberi e pertanto possedevano *dominium actionum suarum*, il dominio su se stessi e sulle loro azioni¹⁶. Ciò aveva consentito di fondare istituzioni sociali che avrebbero permesso loro di vivere bene e in maniera virtuosa. In origine, Dio aveva previsto che gli uomini sarebbero vissuti in pace, condividendo tutto. Con la Caduta dell'uomo, tuttavia, questo scenario si era dimostrato impossibile. Il conflitto era costante e gli uomini dovevano lavorare per guadagnarsi da vivere. Per proteggersi e organizzare il perseguimento del proprio benessere furono costretti a dividere i beni. Crearono delle comunità autonome i cui sovrani esercitavano il proprio potere sui sudditi, un diritto che però non era assoluto né divino – come sostenevano gli eretici protestanti – bensì proveniente dalla comunità stessa¹⁷. I diritti politici si estendevano anche agli indigeni del nuovo mondo, di modo che gli spagnoli non avevano la facoltà di intervenire nel governo di tali comunità senza una ra-

¹⁶ Cfr. F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, edición preparada por Vicente Beltrán de Heredia, Biblioteca de Teólogos españoles, Salamanca 1934/1952, Tomo III, q. 62 a. 10-11 (69-71) e D. DE SOTO, *Relección 'De dominio'*, edición crítica y traducción, con Introducción, Apéndice e Índices, por Jaime Prufau Prats, Universidad de Granada, Granada 1964, § 10 (100). Per un commento più esauriente, cfr. A. BRETT, *Liberty, Rights and Nature*, cit., 1997.

¹⁷ Nonostante la giurisdizione del principe (*dominium*) sui suoi sudditi provenisse effettivamente da Dio, la trasmissione di quel potere a qualsiasi principe avveniva mediante la comunità. Cfr. ad es. F. DE VITORIA, *Political Writings*, a cura di A. Pagden and J. Lawrance, Cambridge University Press, Cambridge 1992, p. 11. Come fa notare Soto, il potere civile è creato “mediante lege naturae per civilem republicam”, in D. DE SOTO, *De iustitia et iure Libri decem/De la justicia y el derecho en diez Libros*, intr. di P.V. Diego Carro, trad. in spagnolo di P.M. Gonzalez Ordoñez, Reus, Madrid 1967, vol. IV, q. IV a. 2 (302b).

gione specifica¹⁸. Oltre che nelle comunità politiche, gli uomini usufruivano della loro libertà anche per creare dei diritti di proprietà privata. Questi ultimi fornirono a Vitoria e Soto la base su cui discutere il diritto e l'etica delle nuove pratiche commerciali, questioni come un prezzo giusto, la moralità di acquistare beni a basso prezzo e rivenderli a un costo elevato, di approfittare del cambio di valuta e così via¹⁹. Il risultato emerso dal lavoro dei teologi dell'Università di Salamanca fu una convincente teoria dei diritti soggettivi universali che divenne il fondamento del potere sia politico sia privato, e potevano essere difesi solo attraverso guerre giuste, come chiaramente sottolineato da Vitoria²⁰.

Riassumendo i lavori dei teologi spagnoli, il gesuita Francisco Suárez (1548-1617) illustrò la questione della priorità dei diritti soggettivi (di *dominium*) rispetto alle altre norme. La situazione originale di assenza di *dominium* politico e proprietà comune era fondata sul diritto naturale ("oggettivo"), che però presentava solo un carattere "negativo" e pertanto non proibiva la *divisio rerum* (o, nelle parole di Vitoria, presentava solamente il carattere della raccomandazione, *concessio*)²¹, motivo per cui lasciava la questione al controllo degli uomini, un controllo in linea con la ragione²². Tuttavia, da tutto questo derivò un ulte-

¹⁸ Cfr. soprattutto F. DE VITORIA, *Political Writings*, cit., pp. 250-1.

¹⁹ Le idee di Vitoria sulla proprietà privata e sull'espansione commerciale sono discusse in dettaglio nelle sue lezioni. Cfr. F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, cit., Tomo III (soprattutto q. 61 e 77-8). Alcune parti del commento sono ora pubblicate anche come F. DE VITORIA, *Contratos y usura*, EUNSA, Pamplona, 2006. Per una discussione sul ruolo di Vitoria e Soto come fondatori dell'economia basata sui diritti dei privati, cfr. anche M.C. FLÓREZ, *La escuela de Salamanca y los orígenes de la economía*, in F.G. CAMACHO-R. ROBLEDÓ (a cura di), *El pensamiento económico en la escuela de Salamanca*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca 1998, pp. 124-44.

²⁰ F. DE VITORIA, *Political Writings*, cit., pp. 281-2 e pp. 295-208.

²¹ F. SUAREZ, *Trattato delle Leggi e di Dio Legislatore. Volume II*, a cura di O. De Bertolis e F. Todescan, Cedam, Padova 2010, cap. XIV, § 14. Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. II, Cambridge University Press, Cambridge 1977, pp. 153-4. F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, cit., Tomo III, q. 62 a. 1 § 20 (77).

²² F. SUAREZ, *Trattato delle Leggi e di Dio Legislatore. Volume II*, cit., cap. XIV, § 6.

riore problema. Se la sovranità e la proprietà erano basate puramente su azioni umane, come interpretare atti come rivoluzioni o furti alla luce del diritto naturale? Qualcosa non tornava. Al principio della sua opera, Suárez introdusse una distinzione tra *ius* come legge e *ius* come diritto soggettivo di *dominium*. Quando il diritto naturale prevedeva quest'ultimo, prevedeva anche la protezione di tutto quello che nasceva da esso. In seguito all'intervento della *divisio rerum*, anche il potere inderogabile del diritto naturale si estendeva alle sue conseguenze, di modo che la resistenza all'autorità o il furto diventavano un male soggetto a punizione²³. Il "vantaggio" che l'umanità caduta traeva da sovranità e proprietà era pertanto sancito dal valore vincolante che il diritto naturale attribuiva ai diritti soggettivi²⁴.

I diritti soggettivi dei teologi spagnoli permisero di far fronte ai timori di coscienza suscitati nei contemporanei dalla violenta espansione nelle Indie e dalla crescita di una rete di commercio globale orientata al profitto privato. Nonostante libertà, uguaglianza e proprietà collettiva restassero gli ideali del diritto naturale, ciò non significava che, come attentamente spiegato dai teologi, avrebbero effettivamente proibito la creazione di comunità politiche con sovrani secolari o la divisione di proprietà al fine di consentire la formazione di reti mondiali di interdipendenza contrattuale. Sovranità e proprietà non traevano origine dalla natura, ma si trattava di creazioni giustificate dalla libertà e dai diritti individuali. E come tali erano collocabili nel contesto teologico della felicità soprannaturale che ha portato diverse forme di potere politico ed economico sotto la supervisione ideologica della Chiesa cattolica.

1.2. Diritti, protestantesimo e commercio: il XVII secolo olandese

Il regno frammentato degli Asburgo, di cui la Spagna era entrata a far parte nel 1519, non fu tuttavia in grado di mantenere la sua struttura imperiale. Con la pace di Augusta (1555), il protestantesimo trovò un punto d'appoggio permanente in Germa-

²³ Ivi, § 13.

²⁴ *Ibidem*.

nia, mentre la rivolta della parte protestante dei Paesi Bassi si consolidò tra il 1587 e il 1588, dopo che la Spagna aveva diretto la sua attenzione verso Inghilterra e Francia. A quel punto, le Province Unite si erano affermate come una straordinaria potenza militare ed economica in grado di mettere a dura prova il dominio iberico nelle Indie orientali²⁵. Fondamentale per l'ascesa delle Province Unite fu il ruolo svolto dall'*ethos* civile del protestantesimo olandese, che univa gli interessi dello Stato con quelli della classe mercantile, sostenendo la creazione di una rete commerciale oltremare da cui sarebbe derivata la futura prosperità delle province ribelli. Il retroterra ideologico consisteva nelle teorie di resistenza alla tirannia promosse anche nell'articolato sistema di diritti su cui si incentravano le opere di Ugo Grozio (1583-1645). Grozio proveniva da una famiglia ricca ed influente ed era stato istruito negli ideali umanisti e stoici. Da giovane, lo Statolder olandese Johan van Oldenbarnevelt gli aveva conferito il ruolo di apprendista e assistente, la cui funzione prevedeva soprattutto la mediazione tra le fazioni protestanti, che faticavano a trovare l'orientamento in uno Stato di così recente formazione²⁶. Dal 1604 aveva esercitato anche il ruolo di consigliere legale per la Compagnia delle Indie orientali (VOC), concependo un'accurata difesa legale per le violente azioni della Compagnia svolte contro le navi portoghesi e spagnole, basata sul diritto di autoconservazione (compresa la conservazione della proprietà) come regola più importante del diritto naturale²⁷.

Nella sua opera principale *De jure belli ac pacis* (1625), Grozio seguì l'esempio di Suárez delineando i tre significati dell'espressione *ius*. Il primo *ius* era inteso come oggetto di giustizia – *quod iustum est*, “ciò che è giusto”²⁸. Successivamente, come Suárez,

²⁵ Cfr. ad es. I. JOACHIM, *Dutch Primacy in World Trade 1585-1740*, Clarendon Press, Oxford 1985.

²⁶ La vita di Grozio è descritta in molte opere. Un buon riassunto è riportato in W.J.M. EYSINGA, *Hugo Grotius: Eine biographische Skizze*, Schwabe, Basilea 1952.

²⁷ U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro I* (1625), a cura di F. Arici e F. Todescan, Cedam, Padova 2010, Prolegomeni.

²⁸ Ivi, L. I cap. I § III.I. Curiosamente, l'aggettivo “giusto” presenta una connotazione negativa, in quanto indica ciò che può essere fatto a un ne-

Grozio fece riferimento a una nozione di *ius* che era sinonimo di legge: *idem valet quod Lex*. Questo concetto descriveva qualsiasi norma legale valida nella relativa comunità²⁹. La nozione di *ius* più interessante era tuttavia la terza (seconda nell'ordine di presentazione), che esisteva sotto forma di una «[q]ualitas moralis personae competens quad aliquid iuste habeandum vel agendum», una qualità morale che gli esseri umani possono “avere” e portare con loro ovunque vadano. Tale qualità poteva manifestarsi in due modalità, una “perfetta” che Grozio chiamava *facultas* e una “imperfetta” denominata *aptitudo*³⁰. La prima racchiudeva il potere che gli uomini esercitavano su loro stessi (libertà personale) e su una proprietà. Ogni essere umano possedeva tale *facultas* in virtù del proprio essere semplicemente umano. La rete di legami tra le *facultates* rientrava nell'ambito di ciò che Grozio chiamava giustizia commutativa (*expletrix*): il sistema orizzontale di rapporti interindividuali caratterizzati dall'esercizio di tali diritti soggettivi da un lato e il dovere collettivo di rispettarne l'applicazione dall'altro³¹.

Tali *facultates* si ponevano in contrasto con la pura *aptitudo* che Grozio aveva ricavato dalla nozione aristotelica della giustizia distributiva (ridefinita “allocativa”), la quale governava le relazioni verticali tra il potere pubblico e il soggetto. Oppure, nelle parole di Grozio:

L'*Attitudine* riguarda invece la giustizia *distributiva* (attributrix), che Aristotele designa come giustizia [...], e che si associa a quelle virtù che sono utili agli altri uomini, come la liberalità, la misericordia, la prudenza nel governare³².

Una *aptitudo* rispettava i meriti o le esigenze di una persona, tuttavia non era applicabile dalle autorità pubbliche. Pertanto,

mico senza ingiustizia; l'ingiustizia è definita come “ciò che ripugna alla natura della società degli esseri dotati di ragione”, *ibidem*.

²⁹ P. HAGGENMACHER, *Droits subjectifs et système juridique chez Grotius*, in L. FOISNEAU, *Politique, droit et théologie chez Bodin, Grotius et Hobbes*, Kimé, Parigi 1997, p. 75.

³⁰ U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro I*, cit., L. I cap. I § IV.

³¹ Ivi, L. I cap. I § V e Prolegomeni, 8.

³² Ivi, L. I cap. I § VIII.

non fondava, propriamente parlando, una relazione “giuridica” in nessun modo³³. Ciò significava che i diritti soggettivi naturali facevano parte della sfera della giustizia interindividuale ed erano sia universali sia vincolanti in quanto diritto in senso stretto, mentre le prerogative basate sull’attribuzione da parte della comunità e derivanti dalle considerazioni di giustizia o carità rimanevano questioni di valori e scelte. Anche presentando una certa forza morale o etica, non potevano costituire una base per avanzare alcuna rivendicazione sufficientemente efficace contro lo Stato. Inoltre, non erano applicabili neanche contro delle *facultates*, soprattutto contro diritti di *dominium*³⁴.

Negli scritti di Grozio troviamo anche un sistema ben congegnato di diritti (umani) individuali che, oltre a giustificare l’espansione commerciale olandese, mirava a creare una struttura universale di diritti, governata mediante contratto, che il potere pubblico aveva compito di agevolare e applicare. In questo caso, Grozio si contrapponeva espressamente a qualsiasi schema distributivo che il potere pubblico avrebbe potuto concepire. Com’è risaputo, Grozio sosteneva anche una teoria contrattuale di

³³ Cfr. P. HAGGENMACHER, *Droits subjectifs et système juridique chez Grotius*, in L. FOISNEAU, *Politique, droit et théologie chez Bodin, Grotius et Hobbes*, Kimé, Parigi 1997, p. 74.

³⁴ Per illustrare questa distinzione, nell’edizione del 1631 di *De jure belli ac pacis*, Grozio aggiunse l’episodio in cui Ciro, Re di Persia, dovette fungere da giudice nella disputa tra due fanciulli sul possesso di due tuniche. Ciro decise di concedere la tunica più grande al fanciullo più grande e la tunica più piccola al fanciullo più piccolo e fu redarguito dal suo mentore. Il suo dovere non era assegnare le tuniche a seconda dei diritti che Ciro riteneva ogni fanciullo avesse in base alla giustizia allocativa, ossia distributiva. Il suo dovere consisteva nella concessione della tunica che apparteneva a ognuno dei fanciulli, di quello su cui avevano il diritto soggettivo di *dominium*. Il compito dello Stato non sarebbe distribuire la proprietà in base a un principio allocativo, bensì di porre in atto le relazioni di *dominium* esistenti nella rete di rapporti di giustizia commutativa che governava le relazioni tra i detentori di diritti soggettivi. In altre parole, il Re non è tenuto a intervenire con un atto di redistribuzione. Non è possibile esercitare una giustizia allocativa a discapito di quella espletiva. Ciò significherebbe violare il diritto stretto che il fanciullo più piccolo aveva sulla tunica più grande. Una relazione in termini di diritti precede qualsiasi relazione attributiva. Il Re ha la facoltà di tassare i suoi sudditi per il bene della comunità, ma non per distribuire la ricchezza tra di loro. U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro I*, cit., L. I cap. I § VIII.

sovranità assoluta³⁵. A detta sua, la natura portava gli uomini ad accordarsi sulla creazione di una comunità politica. Tuttavia, nonostante la *fondazione* di comunità civili rappresentasse un diritto naturale, una volta contratti i diritti, la vita della comunità veniva determinata dal potere sovrano.

Coloro infatti che si erano consociati in qualche gruppo, oppure si erano sottomessi a uno o più uomini, si erano esplicitamente impegnati, oppure, data la natura dell'accordo, avevano evidentemente assunto impegno tacito di uniformarsi a ciò che o la maggioranza del gruppo, o coloro a cui il potere era stato deferito avrebbero stabilito³⁶.

Grozio arrivò a formulare una teoria naturalista dei diritti individuali per conseguire due obiettivi. Uno di questi era la creazione e la giustificazione di un sistema mondiale di relazioni commerciali private. Il funzionamento armonioso di questo sistema, come spesso ribadito da Grozio, faceva parte del piano provvidenziale di Dio di unire gli uomini e offrirgli beni e felicità. Dio ha distribuito i suoi doni tra tutte le nazioni, affinché gli uomini, avendo bisogno degli altri, potessero coltivare la società. Per questo la provvidenza avrebbe introdotto il commercio³⁷.

Parallelamente a questo sistema universale che autorizzava l'invasione olandese di aree marittime che in passato si trovavano sotto il monopolio iberico, i diritti dei cittadini in quanto individui privati a loro volta giustificavano la ribellione olandese contro i dominatori precedenti, gli Asburgo. Una volta conclusasi la ribellione – e ai tempi in cui scriveva Grozio lo era da tempo – si era resa necessaria la dottrina di un governo forte e centralizzato, in grado di domare le diverse fazioni religiose che continuavano a dividere il giovane (e, in un certo senso, piuttosto artificiale) Stato. Grozio aveva ricavato da tutto ciò sia un

³⁵ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, p. 75.

³⁶ U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro I*, cit., Prolegomeni, 15.

³⁷ Cfr. U. GROZIO, *The Rights of War and Peace* (1625), Liberty Fund, Indianapolis, 2005, L. II cap. II § XIII.

impero universale di relazioni commerciali private, sia una chiara nozione della sovranità dello Stato mediante un complesso ragionamento partito dai diritti (umani) individuali. Poiché quei diritti non erano più fondati su una teleologia di felicità soprannaturale nell'aldilà – come lo erano stati per gli scrittori spagnoli (di cui Grozio aveva seguito il pensiero con attenzione) –, questo privò la Chiesa della sua posizione come ultima autorità in merito al loro uso.

1.3. Diritti, impero e rivoluzione: il XVIII secolo

Il vocabolario dei diritti ha rappresentato uno strumento utile per affrontare sia la formazione degli Stati sia l'espansione europea, processi annoverabili solo difficilmente in contesti teologici e imperiali più ampi. L'idea di libertà come proprietà di se stessi, intesa come facoltà, si sarebbe estesa facilmente anche al diritto di accordarsi sulla creazione di una comunità interna, nonché di acquisire e cedere proprietà dovunque³⁸. Nel XVI secolo e all'inizio del XVII secolo, sia nel mondo protestante sia in quello cattolico, le idee di giustizia oggettiva – ossia la giustizia come oggetto delle nostre azioni – furono convertite in diritti soggettivi (*dominium*) naturali per tutti gli uomini e applicabili su scala globale ricorrendo a ciò che veniva generalmente chiamato *ius gentium*³⁹. Per gli accademici della scolastica spagnola e i loro seguaci gesuiti, così come per Grozio, Melantone e gli allievi di Calvino, i diritti naturali soggettivi rappresentavano il fondamento per giustificare il potere civile all'interno dello Stato e la concezione di ciò che Suárez chiamava *respublica humana*, nel cui contesto i detentori di diritti individuali erano liberi di viaggiare e operare ovunque sulle rispettive proprietà. In Spagna, a preoccupare principalmente i teologi era stata la concezione di una casistica meticolosamente rinnovata per valutare da un punto di vista morale le nuove tipologie di attività condotte

³⁸ Per approfondire cfr. A. PAGDEN, *Human Rights, Natural Rights and Europe's Imperial Legacy*, in *Political Theory*, 31, 2003, pp. 171-99.

³⁹ Cfr. soprattutto A. BRETT, *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton University Press, Princeton 2011.

dai cristiani come conseguenza delle conquiste ed espansione commerciale. Nelle Province Unite, Grozio estrapolò la casistica dal suo contesto teologico originale per impiegarla in un sistema di diritti naturali (soggettivi) in cui la provvidenza avrebbe garantito la compatibilità assoluta tra la ricerca di autoconservazione e una sociabilità onnicomprensiva. Come illustrato dal suo seguace sassone Samuel Pufendorf (1632-94), per gli uomini deboli e al contempo egoisti, trasformarsi in esseri sociali – ossia fondare istituzioni sociali la cui giustificazione ufficiale risiederà sempre nelle libertà originali dei fondatori – rappresentava la conclusione più razionale⁴⁰. La questione se la libertà naturale comprendesse anche il diritto di vendere la propria persona in un contesto di schiavitù (come spiegato dagli apologisti della tratta degli schiavi portoghese) era invece controversa. Tuttavia, la maggior parte dei diritti naturali fungevano da giustificazione di un saldo dominio politico su società divise dal punto di vista confessionale con l'obiettivo di una *salus publica*.

Per quanto riguarda l'Inghilterra, il legame tra gli influenti scritti di John Locke (1632-1704) in merito ai diritti individuali e il suo interesse e sostegno della colonizzazione inglese delle Americhe è ben noto. Con ogni probabilità non c'è motivo di attribuire a Locke lo sviluppo del genere di strategie imperialiste che emergero dalle idee di supremazia razziale o di progresso di civilizzazione⁴¹. A costituire l'obiettivo principale dei suoi *Due trattati* era la teoria di una sovranità divina a cui Locke contrapponeva tutti i diritti naturali degli individui validi a livello universale. A differenza delle tradizioni continentali, nel governo delle comunità politiche questi diritti mantennero la loro rilevanza⁴². Malgrado ciò, i criteri su cui Locke si basò per ricavare i diritti di proprietà sulla terra e dell'autorità sovrana nei confronti di una comunità in qualche modo non coinvolgevano mai gli indiani. Nonostante

⁴⁰ S. PUFENDORF, *On the Law of Nature and of Nations* (1672), in C.L. CARR-M.J. SEIDLER, *The Political Writings of Samuel Pufendorf*, Oxford University Press, Oxford 1994, vol. II, cap. 3 § 14-24, pp. 151-7.

⁴¹ D. ARMITAGE, *John Locke: Theorist of Empire?*, in S. MUTHU (a cura di), *Empire and Modern Political Thought*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 84-111.

⁴² J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Everyman's, Londra 1924, ad es. 2.169-74 (204-6).

umanità e diritti naturali accomunassero inglesi e nativi americani, ciò non significava che le attività agricole o di caccia di questi ultimi avrebbero fruttato loro il diritto esclusivo sui terreni bramati dagli inglesi o la classificazione delle loro comunità come entità politiche con diritti di sovranità contro gli invasori stranieri⁴³.

Locke introdusse la pratica tipica del XVIII secolo di impiegare il contrasto tra “schiavitù” e “diritti” come un grido di battaglia contro l’assolutismo e in favore di una società commerciale per cui un’animata élite di mercanti avrebbe funto da colonna portante. Il diritto di gran lunga più importante (universale, umano) nel suo sistema era pertanto quello di proprietà privata, nonostante rimanesse pur sempre soggetto ad alcune limitazioni a causa dell’esigenza – di origine divina – di preservare gli individui e l’umanità in generale⁴⁴. Come scrisse Locke, il fine per cui gli esseri umani entravano in società era «the enjoyment of their properties in peace and safety»⁴⁵. Da questo pensiero egli traeva una conclusione pressoché opposta a quella di Grozio e di altri giusnaturalisti che lo seguirono, ossia che il diritto non si esauriva con il contratto sociale, ma conservava la sua validità come un diritto contro il potere legislativo, vietando al governo di appropriarsi «by extemporary arbitrary decrees» senza consenso della proprietà altrui, anche mediante la tassazione⁴⁶. La perdita dei diritti naturali in una comunità politica sarebbe equivalsa a una condizione di schiavitù. Appariva quindi difficile pensare che degli individui in principio liberi avrebbero mai accettato l’istituzione di una sovranità politica a tal scopo.

Nella Germania post-vestfaliana, il giusnaturalismo avrebbe legittimato lo stato post-confessionale. Seguendo le orme di Pufendorf, Christian Thomasius e altri giuristi di università che avrebbero plasmato il primo illuminismo (come quelle di Halle o Gottinga) ipotizzarono uno stato di natura in cui gli individui

⁴³ Per la discussione classica cfr. J. TULLY, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, pp. 137-76.

⁴⁴ J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, cit., 1924, 2.31 (131-2).

⁴⁵ Ivi, 2.134 (183).

⁴⁶ Ivi, 2.136, 138, 140 (183, 185, 189).

liberi stipulavano dei contratti tra di loro sulla formazione di comunità politiche e sulla nomina di sovrani (solitamente assolutisti) per governarle (*Gesellschaftsvertrag* e *Unterwerfungsvertrag*). Fino al periodo tra 1770 e 1790, i diritti naturali erano interpretati soprattutto come una libertà originaria affidata alle istituzioni statali per il conseguimento di obiettivi funzionali di *salus publica* e fini statali (*Staatszweck*). Tuttavia, di norma non presentavano alcun effetto vincolante in termini legali contro il sovrano. Verso la fine del secolo, i costituzionalisti cominciarono a sostenere la necessità di una forza normativa dei diritti anche all'interno dello Stato mediante la propagazione di una retorica della libertà (*Freiheit*) nei dibattiti giuridici e politici ispirata dalle esperienze rivoluzionarie in America e Francia⁴⁷. Ciò non comportava necessariamente il sostegno del loro carattere rivoluzionario. Nel marzo del 1791, la cancelleria imperiale di Vienna pubblicò ad esempio una dichiarazione in cui si sottolineava l'evidenza del fatto che tutti gli individui godessero di diritti umani, ma si affermava anche come questi non sarebbero migliorati se richiesti a gran voce dalle folle: «non c'è luogo più sicuro per proteggere i diritti degli esseri umani e dei cittadini del cuore di Leopoldo [imperatore]»⁴⁸.

Il linguaggio dei diritti naturali si era diffuso in Francia soprattutto in seguito alla pubblicazione delle traduzioni delle opere di Grozio e Locke e degli scritti di Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748). Nel ventennio tra il 1720 e il 1740, i giuristi francesi avevano imparato a infarcire le proprie argomentazioni con questioni relative ai diritti dei propri clienti⁴⁹. Al contrario

⁴⁷ Per una discussione completa riguardo al contrasto tra i “vecchi” (1648-1770) e i “nuovi” (1770-1815) usi del giusnaturalismo e dei diritti naturali in Germania cfr. D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Schönigh, Paderborn 1976.

⁴⁸ «[D]ie Rechte der Menschen und Bürger sind nirgends sicherer bewahrt als im Herzen Leopolds (II)», W. BRAUNEDER, *Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgsmonarchie*, in D. KLIPPEL (a cura di), *Naturrecht und Staat: Politische Funktionen des europäischen Naturrechts*, Oldenbourg, Monaco di Baviera 2006, p. 162.

⁴⁹ Per approfondire la diffusione dei diritti naturali nel campo della difesa legale francese (con dati statistici sul processo legale a Digione) cfr.

di quanto accadde in Germania, però, il diritto naturale non divenne mai una disciplina universitaria in Francia⁵⁰. Il motivo risiedeva in parte nella sua associazione con la politica ugonotta e in parte in ciò che la società dei salotti interpretava come il suo pedante scolasticismo. Voltaire e Rousseau lo consideravano conservatore, se non strettamente reazionario. D'altro canto, le invocazioni letterarie di un periodo d'oro venivano comunque esternate spesso nei linguaggi di "umanità" e "libertà naturale" al fine di attaccare i mali del vecchio regime⁵¹. Diderot, Montesquieu e Rousseau avevano tutti un complicato debito nei confronti della tradizione del giusnaturalismo. È solo successivamente, nello stesso secolo, che i *diritti* naturali individuali si trasformarono in *topoi* significativi. Ciò accadde anche nel contesto delle teorie economiche dei fisiocratici, che sottolinearono come i diritti di contratto e proprietà fossero l'unica base accettabile di un'economia moderna nell'ambito della loro critica del mercantilismo e del sostegno del libero commercio. Nulla espresse meglio il pathos universale della nuova dottrina sui diritti naturali del saggio breve di un *Économiste* di punta come Pierre Samuel Dupont de Nemours (1739-1817), successivamente ispettore generale del commercio e strenuo divulgatore del libero commercio in Francia e in seguito negli Stati Uniti⁵². L'autore apriva la sua opera con l'asserzione anti-hobbesiana dell'esistenza di una società naturale di uomini formati alla luce delle loro esigenze e dei loro interessi prima di qualsiasi accordo.

W. SCHMALE, *Naturrecht und Staat in Frankreich*, in D. KLIPPEL (a cura di), *Naturrecht und Staat: Politische Funktionen des europäischen Naturrechts*, cit., pp. 94-6.

⁵⁰ Cfr. ad es. J. HEILBRON, *The Rise of Social Theory*, Polity, Cambridge 1995, pp. 42-6, 67-8.

⁵¹ Cfr. D. EDELSTEIN, *The Enlightenment: A Genealogy*, University of Chicago Press, Chicago 2011, pp. 58-9; J. HEILBRON, *The Rise of Social Theory*, cit., pp. 96-100. Per approfondire cfr. anche D. EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right: Republicanism, the Cult of Nature & the French Revolution*, Chicago University Press, Chicago 2009.

⁵² Per una valida discussione cfr. M. GIRAUDEAU, *Performing Physiocracy: Pierre Samuel Dupont de Nemours and the Limits of Political Engineering*, in *Journal of Cultural Economy*, 3, 2010, pp. 225-42.

Dans cet état primitive les hommes ont des droits et devoirs réciproques d'une justice absolue parce qu'ils sont d'une nécessité physique & par conséquent absolue pour leur existence⁵³.

La società naturale di uomini si manifestava nei diritti e doveri reciproci che un buon governo avrebbe posto in una relazione armonica. Nella società naturale tutti gli esseri umani avevano la libertà di perseguire il proprio sostentamento e, di conseguenza, il diritto di proprietà su ciò che avevano acquisito mediante il lavoro. I diritti precedevano qualsiasi accordo e non potevano essere sottratti sulla base di nessun accordo. Secondo la formulazione drammatica di Dupont de Nemours, il sovrano umano non sarebbe stato capace di legiferare nulla di nuovo, «car les lois sont toutes faites par la main de celui qui créa les droits & les devoirs»⁵⁴. Le leggi positive non potevano contestare le leggi di libertà e proprietà; potevano (e dovevano) solamente dichiararne il contenuto e attuarle⁵⁵.

Ma se i diritti individuali risultavano efficaci come una rivendicazione dei “moderni” mirata a sostenere il passaggio a una società commerciale, fungevano anche da strumento repubblicano per appoggiare il rinnovamento politico verso sinistra. Abbé Gabriel Bonnot de Mably (1709-85), a suo tempo amico di Rousseau e autore di uno dei primi commenti al *Droit public de l'Europe*, si rivelò un duro critico del vecchio regime in un dialogo con il personaggio inglese fittizio “Lord Stanhope”, proponendo un progetto radicale di rinnovamento politico con lo scopo di perseguire i diritti politici individuali seguendo il modello inglese. Al francese che riconosceva i diritti fondamentali,

⁵³ P.S. DUPONT DE NEMOURS, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Desaint, Londra 1768, pp. 17-18.

⁵⁴ P.S. DUPONT DE NEMOURS, *De l'origine et des progrès*, cit., p. 30.

⁵⁵ Non c'era pertanto ragione di distinguere legislazione ed esecuzione; una legislazione valida rappresentava sempre anche l'esecuzione di un sistema precedente di diritti e obbligazioni naturali. P.S. DUPONT DE NEMOURS, *De l'origine et des progrès*, cit., pp. 31-2. Per la dottrina dei diritti naturali assoluti del giurista fisiocratico più rinomato, Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière, cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Public Law of Europe*, in H. LINDEMANN ET AL. (a cura di), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Nomos, Baden-Baden 2012, pp. 61-3.

ma esprimeva dubbi riguardo all'abilità dei francesi di utilizzarli in modo costruttivo, "Stanhope" rispondeva che ogni patriota aveva il dovere di usufruire dei propri diritti e di non affidarsi all'autorità. I diritti si erano concretizzati nella cittadinanza attiva e una nuova costituzione doveva dare spazio all'attivismo come nucleo di un sistema di diritti repubblicani⁵⁶. I rivoluzionari francesi avevano letto le parole di Mably, Rousseau e delle letterature sentimentali in cui la retorica dei diritti prosperava, motivo per cui decisero di introdurre la costituzione, che avevano scelto di adottare, con una dichiarazione dei diritti, un compito che pensarono di perfezionare inizialmente in pochi giorni infuocati durante l'agosto del 1789, ma su cui dovettero tornare nel 1793 e nel 1795 a causa della direzione presa dalla rivoluzione.

La stesura della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* da parte dell'Assemblea nazionale costituente francese puntava a conseguire diversi obiettivi paradossali, come dimostrato da Marcel Gauchet. Lo scopo era costruire la base ideologica di una nuova potenza, la Nazione che avrebbe rappresentato "tutti", ponendo al contempo dei limiti a tale potere nei confronti dei cittadini. Di conseguenza, i dibattiti sui rapporti tra "diritti" e "doveri", diritti di libertà e diritti di "assistenza" da parte della Nazione, che furono ripetuti quasi parola per parola nel 1789, 1793 e 1795, definirono lo schema della politica parlamentare in tutta Europa. Oscillando tra tendenze più o meno radicali e conservatrici, tra "sinistra" e "destra", i deputati spesso trovavano riparo in formulazioni ambivalenti che legavano i diritti a delle obbligazioni corrispettive o ponevano l'accento sul fatto che la "libera individualità" era possibile solo in una società che fornisse risorse eque a ognuno. Per i patrioti giacobini una fondazione delle libertà individuali poteva significare solamente una completa sottomissione di tutti alla Nazione, mentre per i revisionisti termidoriani l'espressa inclusione dei "doveri" individuali avrebbe fornito una linea definita dei ruoli di ognuno. I

⁵⁶ A. DE MABLY, *Des droits et des devoirs du citoyen*, Lacombe, Parigi 1789. Per un contesto più ampio, cfr. K.M. BAKER, *A Script for the French Revolution: The Political Consciousness of Mably*, in ID., *Inventing the French Revolution: Essay on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, pp. 88-91.

deputati si cimentarono con delle formulazioni che ricavavano i diritti – e pertanto la costituzione che avrebbero introdotto – dalla natura o dalla società alternativamente, facendo intendere che i problemi politici erano fundamentalmente di carattere filosofico. Eppure, le formulazioni filosofiche proposte fornirono poche indicazioni concrete in merito alle politiche da adottare. L'ansia dei deputati derivante dal loro tentativo di eseguire i compiti di governo si rifletteva nella proposta, discussa fino all'ultimo giorno del processo di stesura termidoriano nel 1795: al centro della questione non c'era l'adozione di un "diritto", bensì una "base del contratto sociale" o la dichiarazione di una "teoria"⁵⁷.

La saggezza e il paradosso di quest'ultima proposta emerse nuovamente al tempo dell'approvazione della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, quando uno dei principali sostenitori dell'idea di una dichiarazione, Hersch Lauterpacht, lamentò che i diritti fossero inclusi in un documento che era soltanto una risoluzione dell'Assemblea generale, e – in quanto tale – diritto non vincolante. Allora, l'approvazione della dichiarazione da parte dell'Assemblea generale offrì l'unico possibile contesto in cui gli Stati membri delle Nazioni Unite poterono dichiarare, con la dovuta solennità, che amavano quei diritti, ma che non erano vincolati da essi⁵⁸. Eppure, se i diritti fossero stati oggetto di un trattato, ne sarebbero derivati altri problemi. A quel punto, essi sarebbero stati soggetti a tutti i problemi inerenti alle ratifiche e alle riserve nazionali, come anche ai principi interpretativi della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Il loro emendamento e la loro validità sarebbero stati legati alle fluttuazioni della diplomazia delle Nazioni Unite. Sicuramente, per essere *fondativi* della politica, essi non dovevano essere intesi come un effetto di interessi politici e di scambi.

⁵⁷ M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, Parigi 1989, p. 315.

⁵⁸ H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Praeger, Londra 1950.

2. La forza e la fragilità dei diritti: alcune conclusioni

La discussione della sezione precedente pone in evidenza la variabilità quasi infinita di contesti in cui il vocabolario dei diritti può essere in grado di sostenere determinate cause o preferenze contro altre. Nelle Nazioni Unite, per esempio, la direzione dell'attività legata ai diritti è oscillata dall'enfasi occidentale sui diritti civili e politici a una concentrazione più inclusiva sulla loro "indivisibilità" dai diritti economici, sociali e culturali; da un revisionismo post-coloniale, che negli anni Settanta-Ottanta interpretava i diritti come strumenti di giustizia e "sviluppo" economici, fino all'allineamento degli anni Novanta con le priorità degli organi dei trattati sui diritti umani nel contesto delle Nazioni Unite⁵⁹. I diritti hanno sostenuto e messo alla prova il potere delle istituzioni religiose. Sono stati uno strumento ideologico fondamentale per supportare la proprietà privata contro l'appropriazione da parte del re o del potere pubblico, nonché una base per mettere in discussione l'ineguaglianza in termini di proprietà e potere del denaro. Agli inizi della Germania moderna, i diritti venivano invocati per difendere la libertà individuale, ma anche per limitare un potere centralizzato e stabile, al quale era assegnato il compito di garantire la sicurezza e la felicità dei cittadini. Durante l'illuminismo europeo i diritti appoggiarono la rivoluzione e la formazione degli Stati allo stesso tempo, due cose che allora come oggi vanno di pari passo. Nonostante i diritti abbiano difeso gli individui contro le loro comunità, hanno anche permesso al potere comunitario di pretendere il rispetto delle sue tradizioni da parte degli stessi individui: il liberalismo, il repubblicanesimo e persino il socialismo hanno prosperato grazie ai diritti.

Poiché i diritti sono ovunque, è impossibile impiegarli per illustrare una singola linea di progresso. È un fatto fantastico ma significativo che, sebbene la schiavitù costituisse il leitmotiv dell'illuminismo francese e incarnasse tutto ciò a cui gli illuministi erano contrari, questo discorso coesisteva pacificamente con la schiavitù degli africani nelle Indie occidentali francesi nel corso dell'intero XVIII secolo, fino e oltre la rivoluzione del 1789. Il

⁵⁹ Per approfondire questi eventi cfr. D.J. WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2010.

numero di schiavi importati nei Caraibi raggiunse infatti il suo apice nell'ultimo quarto del XVIII secolo, quando venne toccata quota 419.500⁶⁰. L'appello alla rottura della "catena di servitù" comportava un'emancipazione domestica, non la fine della schiavitù coloniale. Rousseau, per esempio, nel corso della sua intera carriera non ebbe nulla da dire riguardo al sistema di schiavitù in atto nei Caraibi, luogo da cui proveniva lo zucchero da lui tanto adorato⁶¹.

La coesistenza di diritti, schiavitù e sofferenze collettive di altra natura non rappresenta ovviamente solo un retaggio del passato, ma anche una palese realtà del presente. Come precisato da Susan Marks, tra gli anni Novanta e oggi il genere del dibattito sui diritti si è evoluto da romanzo a tragedia, non solo perché non c'è stato abbastanza discorso sui diritti, bensì per via di problemi (come quelli esaminati in questo capitolo) interni al dibattito stesso⁶². Per dare una spiegazione può essere utile cominciare ammettendo come la visione generale dei diritti come "universali, inalienabili e indivisibili" sia un rattoppo intellettuale e un vicolo cieco politico. Si tratta di un'idea basata su un mondo armonioso, dove i diritti di tutti gli uomini – ossia le priorità di tutti quanti – sono coordinati in maniera equilibrata e unita. Né la logica concettuale né l'esperienza storica supportano una simile visione. A partire da Kant, o forse ancora prima, l'idea di un'esistenza dei diritti fondata sull'armonia ha rappresentato un aspetto dell'immaginazione razionalista dall'influenza politica eccezionale, impiegato tuttavia per appoggiare qualsiasi causa o fine. Negando la realtà dei conflitti, definendoli come fraintendimenti delle effettive priorità di ciascuna parte, essa ne ha complicato la risoluzione invece di agevolarla.

⁶⁰ Cifra tratta da K. NIMAKO-G. WILLEMSSEN, *The Dutch Atlantic: Slavery, Abolition and Emancipation*, Pluto Press, Londra 2011, p. 22. Cfr. anche, R. BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery, 1776-1848*, Verso, Londra 2011, p. 161 e, per una visione generale, Y. BENOT, *Les Lumières, l'esclavage, la colonisation*, Découverte, Parigi 2005.

⁶¹ S. BUCK-MORSS, *Hegel, Haiti and Universal History*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh 2009, pp. 29-34.

⁶² S. MARKS, *Human Rights in Disastrous Times*, in J. CRAWFORD-M. KOSKENNIEMI (a cura di), *The Cambridge Companion on International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 309-326.

È da tempo che i teorici dei diritti hanno ammesso che il punto da cui parte la strada verso l'utopia non può certo risiedere nella supposizione della preesistenza di un'armonia laddove essa non esiste. Il processo di ridefinizione di alcuni interessi o priorità come "diritti" è stato e continua a essere una questione di dispute e compromessi in cui alcuni concorrenti vincono e altri perdono. Potrebbe essere facile capire perché tra gli anni Sessanta e Settanta sia nata un'efficace retorica dei diritti in grado di surclassare i processi amministrativi deformalizzati mediante i quali le popolazioni venivano governate nelle *welfare societies*. Ciò che Max Weber giudicò all'inizio del XX secolo come la crescente complessità e frammentazione della società moderna e la relativa deformalizzazione del diritto moderno – il passaggio da leggi generali e astratte a principi antiformalisti sensibili al contesto, principi di proporzionalità, buona fede e ottimizzazione – ha rafforzato il potere esecutivo in un modo tale da derivarne la richiesta di nuovi assoluti. "Il tuo interesse non può prevalere sul mio anche se fosse nell'interesse della comunità, in quanto il mio interesse costituisce un diritto". La significativa conversione degli "interessi" in "diritti" avvenuta verso la fine del XX secolo è stata il frutto della speranza che un simile processo li rendesse intoccabili, estratti completamente dall'ambito politico. Ma non esistono limiti a questa conversione di interessi in diritti, motivo per cui il mondo politico è divenuto presto saturo di rivendicazioni di diritti. L'onere che deve gravare su una persona per onorare la rivendicazione di un diritto potrebbe essere interpretata come una violazione dei suoi diritti. Ogni diritto alla libertà in più concesso a un soggetto può essere percepito come un'usurpazione del diritto alla sicurezza di un altro. E così via. Non esiste conflitto sociale in cui entrambe le parti non possano plausibilmente invocare il loro interesse sotto forma di "diritto". Ne è risultata una maggiore gestione burocratica dei diritti tramite delle pratiche ubiquitarie di "bilanciamento", i cui criteri derivano da un pregiudizio istituzionale non strutturabile dai diritti di cui si propone di stabilire il limite e i contenuti⁶³.

⁶³ Ho affrontato questi temi in maggiore dettaglio in M. KOSKENNIEMI, *Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power*, in *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism and*

Al contempo, appare evidente come dietro ogni diritto (soggettivo) si celi un diritto “oggettivo” che invoca l’idea di una buona società, in cui la priorità delineata da tale diritto si suppone possa prosperare. La libertà di parola è significativa solo in una società con un sistema comunicativo efficace e accessibile, ma quello che questo comporta è una questione politica. Tradurre in realtà i diritti civili e politici richiede molto di più di elezioni periodiche e spesso – e la “primavera araba” ne è un esempio – una trasformazione totale delle società in cui alcuni vincono e altri perdono. Inoltre, i diritti economici e sociali rimandano ovviamente a delle visioni controverse riguardo a una distribuzione giusta, a tecniche di gestione economica e persino a obiettivi da conseguire. Solo facendo riferimento a simili obiettivi e valori – verrebbe da dire “strutturali” – ad ampio raggio è possibile prediligere determinati diritti (e i progetti politici a essi correlati) rispetto ad altri.

I critici marxisti erano soliti sostenere che il problema centrale dei diritti consisteva nella loro tendenza a preferire gli individui ai gruppi, presentando il soggetto egoista e alienato come un ideale a cui chiunque dovrebbe ambire, ma che avrebbe perpetuato le relazioni di sfruttamento della società capitalista⁶⁴. Anche se l’effetto di questa critica non si è ancora esaurito, l’espansione dei diritti a beni di tipo collettivo, compresi i diritti economici e sociali (malgrado la ancora carente implementazione), ha mitigato tale preoccupazione e ampliato la gamma di priorità difendibili nel dibattito in oggetto. A rivestire una maggiore importanza è forse il modo in cui l’attenzione di questo dibattito su ciò che “abbiamo” o sulle “facoltà” (secondo Grozio) che “possediamo” sembra riguardare ossessivamente le identità invece della definizione strutturale di tali identità. Il dibattito sui diritti può aiutare la nostra capacità di esercitare la religione che

Development, 1, 2010, pp. 47-58; M. KOSKENNIEMI, *The Effect of Rights on Political Culture*, in ID., *The Politics of International Law*, Hart, Oxford 2011, pp. 133-52. La discussione più esauriente sul passaggio al “bilanciamento” nell’ambito delle tecnologie dei diritti si trova in D. Kennedy, *Critique of Adjudication (fin-de-siècle)*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1997, pp. 316-33.

⁶⁴ Cfr K. MARX, *On the Jewish Question*, in ID., *Early Political Writings*, a cura di J. O’Malley, Cambridge University Press, Cambridge 1994, p. 41.

professiamo, esprimere un'opinione, sostenere un partito o usufruire di una proprietà di cui disponiamo, ossia di essere "fedeli" a noi stessi e ai nostri progetti di vita. Ma è cieco di fronte alle condizioni in cui nasce il pensiero secondo cui ci riteniamo "religiosi" in un modo particolare, membri di un partito, proprietari o persone con opinioni specifiche. Secondo me tutto questo rappresenta un aspetto fondamentale del vicolo cieco intellettuale cui i diritti conducono. Affermano di proteggere le nostre (come persone o gruppi) identità e priorità *senza mai mettere in discussione come le abbiamo ottenute*. Sono così ravvicinati, così in intimità con la nostra presunta individualità che ci impediscono di collocarci in qualsiasi contesto più ampio, soprattutto quello di un potere ubiquitario da cui nascono le identità.

È proprio in questi casi che gli studi storici sull'uso dei linguaggi dei diritti tornano utili. Raymond Geuss si è recentemente schierato contro la teoria politica astratta che si concentra su stati ideali e obblighi morali e a favore degli studi storicamente informati sugli usi di concetti politici, come i "diritti umani", nell'ambito di vere e proprie controversie. Questo perché, nelle sue parole:

[t]he reasons for why we have most of the political and moral concepts we have (in the form in which we have them) are contingent, historical reasons, and only a historical account will give us the beginnings of an understanding of them and allow us to reflect critically on them rather than simply taking them for granted⁶⁵.

A mio avviso, gli studi storici sui diritti presentano due tipi di proprietà che forniscono una via d'uscita ai vicoli ciechi intellettuali con cui si concludono gli esercizi filosofici astratti sull'argomento. Essi aprono la strada a dei contesti più vasti in cui possiamo vedere i diritti svolgere funzioni sociali (o fallire nel tentativo di farlo) contrapponendo alcune cause ad altre, appoggiando interessi, progetti e programmi a cui gli attori dei drammi storici attribuiscono una grande importanza. Dimostrano come i diritti non solo si sovrappongono e sono in contrasto, ma anche come sia proprio questa la loro essenza. Le principali

⁶⁵ R. GEUSS, *Philosophy and Real Politics*, Princeton University Press, Princeton 2008, p. 69.

violazioni dei diritti umani non sono semplicemente “accadute”, sono conseguenze logiche e accettate di politiche particolari. Non sono il frutto di forze impersonali, bensì di “miseria programmata”, effetti di scelte eseguite nell’interesse della ricchezza e del potere di altri⁶⁶. Lo spostamento dell’attenzione dalle vittime ai colpevoli avviene più facilmente negli studi storici che interpretano i diritti come aspetti di espansione imperiale e commerciale, guerra religiosa, sfruttamento coloniale, rivoluzione, austerità, formazione degli Stati e via dicendo. La cronologia aiuta a stabilire una distanza e la genealogia fa apparire quanto accaduto per nulla necessario, un effetto contingente di dispute e scelte.

Gli studi storici spesso illustrano anche i processi con cui le persone acquisiscono determinate identità e priorità, ad esempio come cominciano a ritenersi “cattolici” o “protestanti”, “indiani” o “turchi”, uomini o donne. Un primo pensiero accademico vedeva il *dominium* sostanzialmente come una proprietà identitaria dell’individuo e ricorreva alla nozione correlata di “libertà” per giustificare i nuovi ruoli sociali che gli spagnoli del XVI secolo stavano assumendo in un’Europa in fase di espansione commerciale e militare. In maniera analoga, la concezione del XVIII secolo dei diritti naturali consentì agli europei di considerarsi repubblicani virtuosi od operatori cosmopoliti di un “sistema” commerciale, un contesto di scelte e posizioni di assoggettamento entro cui le sempre più piccole differenze rappresentavano la modernità europea che presto divenne “modernità” *tout court*. A mio parere, la nuova storia dei diritti umani è utile per capire come sia nata la struttura di tale modernità, ma anche come sia stata resa invisibile dall’attenzione rivolta agli individui, alle loro priorità, ai loro progetti, alle loro identità e ai loro “diritti”. In questo modo, la storia presta un classico servizio critico, collocando i vocabolari dei diritti nei contesti in cui venivano utilizzati, estrapolando vincitori e sconfitti e posizionandoli entrambi nelle più ampie strutture con cui viene determinato il percorso che li rende tali.

⁶⁶ S. MARKS, *Human Rights and Root Causes*, in *Modern Law Review*, 74, 2011, pp. 57-78; S. MARKS, *Exploitation as an International Legal Concept*, in ID. (a cura di), *International Law on the Left: Re-Examining Marxist Legacies*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 281-307.

I DIRITTI UMANI E LA TRADIZIONE TOMISTA *

di *Annabel Brett*

Il rapporto tra i diritti umani e il tomismo (più in generale, la filosofia sociale cattolica) non sempre è stato semplice. Quando Leone XIII nella sua enciclica del 1879 *Aeterni Patris* invocava un rinnovamento della filosofia cattolica, il papa incoraggiava un ritorno agli insegnamenti politici di Tommaso d'Aquino visti come antidoto alle idee politiche liberali che dilagavano in Europa nel XIX secolo.

Infatti, quello che Tommaso insegna circa la vera natura della libertà, che va oggidì tramutandosi in licenza, circa la divina origine di ogni autorità, circa le leggi e la loro forza, circa la paterna e giusta sovranità dei Principi, circa l'obbedienza dovuta ai più alti poteri, circa la mutua carità fra gli uomini, queste ed altre simili dottrine hanno una forza grandissima e invincibile per rovesciare quei principi del nuovo diritto, che si conoscono perniciosi alla tranquillità dell'ordine sociale ed alla pubblica salute¹.

Sulla base di questo invito, i teologi e i filosofi cattolici si erano prefissi di riproporre una visione tomistica della politica, in-

* Trad. it. di Antonio Matera di *Human rights and the Thomist tradition*, in P. SLOTTE-M. HALME-TUOMISAARI (a cura di), *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, pp. 82-102.

¹ Leone XIII, *Aeterni Patris*, 1879 (http://www.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_04081879_aeterni-patris.html). S.-T. BONINO, *Le fondement doctrinal du projet léonin: Aeterni Patris et la restauration du Thomisme*, in P. LEVILLAIN-J.-M. TICCHI (a cura di), *Le pontificat du Léon XIII: Renaissances du Saint Siège?*, École française de Rome, Roma 2006, pp. 267-74, richiama l'attenzione sulla dimensione politica dell'enciclica.

centrata sull'idea di un bene comune, intesa attraverso i principi della legge naturale e rivolta in ultima istanza verso la salvezza umana sotto la guida della legge divina. In questa impresa, i "diritti dell'uomo", intesi come prodotto della "falsa alba" dell'Illuminismo, venivano associati ai concetti di "razionalismo" e "individualismo": erano parte di un pernicioso sistema di valori in cui l'individuo veniva prima della comunità, i diritti prima della legge e la "ricerca della felicità" prima di ogni fine collettivo o trascendente.

Nella prima metà del XX secolo è ben riconosciuto il ruolo di Jacques Maritain nella rivendicazione di un posto per i diritti umani all'interno di un quadro tomistico. Dopo la sua iniziale affiliazione con l'*Action française*, Maritain rimase profondamente contrario a qualsiasi idea di "individualismo" liberale e continuò a criticare duramente l'Illuminismo per i suoi errori filosofici. Per Maritain, tuttavia, l'articolazione del discorso del XVIII secolo sui "diritti dell'uomo" rappresentava un primo passo nella giusta direzione verso la comprensione dei veri valori umani e dei veri diritti umani. Maritain recuperò il linguaggio dei diritti per una solida filosofia politica cattolica rompendo i legami con l'individualismo, il razionalismo e la natura secolare dell'uomo. Di conseguenza, egli sosteneva che il soggetto dei diritti non fosse l'individuo, bensì la *persona*². L'uomo viene identificato dalla natura materiale, esattamente come un animale: il carattere individuale dell'animale e dell'essere umano è esattamente lo stesso. Ma l'animale non è una persona. Citando Tommaso d'Aquino, Maritain afferma che «la persona è ciò che vi è di più perfetto in tutta la natura, cioè un soggetto sussistente in una natura razionale [*subsistens in rationali natura*]»³. Il concetto di "persona" esprime dunque trascendenza

² J. MARITAIN, *La persona e il bene comune* (1947), Morcelliana, Brescia 1998, cap. 3 *passim*. Per una contestualizzazione dell'accento di Maritain sulla "persona", cfr. S. MOYN, *Personalism, Community and the Origins of Human Rights*, in S.-L. HOFFMANN (a cura di), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, New York 2011, pp. 85-106.

³ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, cit., p. 20; T. D'AQUINO, *Summa theologiae* (di seguito solo ST) I, q. 29 a. 3 in corp.; cfr. *ivi*, ad 2: «siccome è una grande dignità sussistere come soggetto di natura razionale, perciò ogni individuo di tale natura fu chiamato persona».

dalla natura materiale: un'*ouverture*, un'apertura, verso il divino, ma anche, fondamentale, verso altre persone: una "persona" è sempre un concetto sociale, dove la società perfetta è rappresentata dalla Trinità, tre persone in una. Pertanto egli non manca di sostenere che solo coloro che hanno una concezione di Dio (non insiste sulla fede cristiana, nonostante fosse chiaramente quella da preferire) possono veramente comprendere il carattere personale dell'essere umano⁴. Maritain chiama la sua dottrina "personalismo" o "umanismo" e la contrappone sia al liberalismo (primato dell'individuo), sia al totalitarismo (subordinazione dell'individuo allo Stato). Nessuno dei due riconosce la persona umana e, parallelamente, entrambi percepiscono una falsa antitesi tra la società e l'individuo. Correttamente inteso, non c'è alcuna tensione tra il bene comune delle persone nella società e i diritti umani di queste persone nella società⁵.

Questa concezione della persona umana è stata fondamentale per la comprensione di Maritain dei diritti umani (e, in effetti, soprattutto grazie all'operato di Charles Malik, si è fatta strada fino alla *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948)⁶. Ciononostante, il concetto di "persona" e la sua dignità speciale da soli non bastavano per offrire a Maritain tutto ciò che desiderava. La personalità è priva di significato se non viene tradotta in diritti e quella traduzione avviene per mezzo del diritto naturale, il quale "assegna" sia i diritti sia gli obblighi necessari per la fioritura delle persone nella società⁷. I diritti umani sono «*droits liés à la nature même de l'homme*» e, per dirlo in termini tomistico-aristotelici, il diritto naturale è la norma del corretto funzionamento della natura umana. Esiste una norma di questo tipo per tutte le cose, anche per quelle inanimate, come un pianoforte; ma negli esseri umani, in quanto esseri liberi, tale norma ha lo status di legge morale,

⁴ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, cit., cap. 4 *passim*; J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Éditions de la Maison Française, New York 1942, cap. 1, *passim*.

⁵ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, cit., cap. 5.

⁶ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010, p. 65.

⁷ J. MARITAIN, *Droits de l'homme et loi naturelle*, cit., cap. 2, pp. 84-5.

qualcosa che ci impone di seguirla anche dove non lo faremmo⁸. È importante tuttavia notare che Maritain fa una distinzione tra la legge naturale e la nostra conoscenza di quest'ultima. La prima è immutabile, ma la seconda si sviluppa nel tempo. La nostra cognizione originaria di diritto naturale è una sorta di comprensione attraverso le inclinazioni naturali – «oscura, asistemica, vitale» – che viene conosciuta, nel corso delle successive epoche storiche, in un modo sempre più articolato e profondo⁹. In questo schema evolutivo, che molto deve a Pierre Teilhard de Chardin, Maritain è riuscito a trovare il modo di inserire i “diritti dell'uomo” dell'Illuminismo nonostante fossero integrati in una «falsa prospettiva razionalistica» che li aveva fatti apparire in qualche modo nuovi e rivoluzionari¹⁰.

Nonostante Maritain continuasse a sviluppare e a promuovere instancabilmente il proprio pensiero, i filosofi cattolici nella seconda metà del XX secolo non assunsero un atteggiamento unanimemente positivo nei confronti dei diritti umani. Alasdair MacIntyre è probabilmente il più celebre tra gli oppositori cattolici. Nel suo *Dopo la virtù*, in un capitolo intitolato *Perché il progetto illuminista di giustificazione della morale dovette fallire*, MacIntyre ha, com'è noto, sostenuto che «non esistono diritti del genere, e credere in essi è come credere nelle streghe e negli unicorni»¹¹. In *Enciclopedia, genealogia e tradizione: tre versioni rivali di ricerca morale*, in cui ha elaborato più approfonditamente la sua teoria sulla tradizione tomistico-aristotelica, esprimendo al contempo la sua predilezione per quest'ultima, MacIntyre ha esplicitamente criticato Maritain per una «svista insolita» nel concordare apparentemente con l'errore dell'Illuminismo, secondo cui i diritti umani costituiscono uno standard prioritario rispetto a tutta la legge¹². La filosofia morale e politica deve es-

⁸ Ivi, pp. 79-80.

⁹ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato* (1952), Vita e pensiero, Milano 1963, p. 108.

¹⁰ J. MARITAIN, *Droits de l'homme et loi naturelle*, cit., cap. 1, pp. 44-48, 83, 101-2.

¹¹ A. MACINTYRE, *Dopo la Virtù. Saggio di teoria morale*, Armando Editore, Roma 2007, pp. 90-91.

¹² A. MACINTYRE, *Enciclopedia, genealogia e tradizione: tre versioni rivali*

sere orientata verso una concezione del bene, non dei diritti, se l'essere umano vuole evitare di degenerare nel soggetto hobbesiano, dotato di diritti ma senza *finis ultimus* e pertanto senza un chiaro fondamento logico della vita. L'orientamento verso il bene richiede una comprensione della natura umana e della legge naturale, da cui (così come dalla legge divina, in ultima analisi) deve derivare qualsiasi diritto attribuito agli esseri umani. MacIntyre vedeva in Aristotele e in Tommaso d'Aquino una teoria della giustizia che rispettava questa fondamentale priorità del bene¹³.

Anche il filosofo di diritto francese Michel Villey è rimasto per tutta la vita uno strenuo e incisivo critico dei diritti. In questo caso però le motivazioni sono alquanto differenti, nonostante coinvolgano ugualmente la corretta comprensione della giustizia. Per Villey, l'errore di tutte le teorie sui diritti individuali, compresi i diritti umani, è quello di associare il "diritto" all'agire umano invece di considerarlo in termini oggettivi (anziché in termini soggettivi) come "cosa", *la chose juste*, che la giustizia tenta di stabilire o realizzare. Ben compreso da Aristotele, dal diritto romano e da Tommaso d'Aquino, questo diritto oggettivo è andato gradualmente perduto in favore di un nuovo tipo di giurisprudenza, rivolta alla legge da un lato e ai diritti dall'altro¹⁴. Pertanto, in Villey non è presente una specifica critica verso i diritti illuministici quali prioritari nei confronti della legge; piuttosto, legge e diritti sono due facce della stessa medaglia, nel senso che entrambi hanno a che fare con la regolamentazione dell'agire umano, e perciò con la morale, invece che con il diritto. Tommaso d'Aquino non confondeva i due concetti¹⁵. Aveva una concezione ben sviluppata della legge, illustrata nella *Prima secundae* della *Summa theologiae*, ma non possedeva un concet-

di ricerca morale, Massimo, Milano 1993. La critica non è totalmente appropriata, come si è visto.

¹³ Ivi, cap. 6, *passim*.

¹⁴ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, II ed., Dalloz, Parigi 1962, in particolare cap. 11, sez. 2; M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Ockham*, in *Archives de la philosophie du droit*, 9, 1964, pp. 97-127.

¹⁵ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Parigi 1983, pp. 114-6.

to di diritti individuali; Tommaso teneva nettamente separato il suo modo di trattare il diritto da quello di trattare la legge, collocandolo piuttosto nella *Secunda secundae* della *Summa* nel contesto dell'analisi della giustizia. Nella ricostruzione storica di Villey, non fu l'Illuminismo, bensì il francescano Guglielmo di Occam nel XIV secolo, il primo ad allontanare il campo della giurisprudenza da questa profonda comprensione presente in Tommaso d'Aquino. I diritti naturali del XVII secolo, i diritti dell'uomo del XVIII secolo e gli attuali diritti umani sono in questo senso nient'altro che l'elaborazione di un errore originario. Questo tipo di teorie, tuttavia, associando i diritti all'uguaglianza, comportano un ulteriore errore fondamentale. Per Villey, l'uguaglianza universale, la libertà e la dignità uguali per tutti gli esseri umani, rappresenta una proposizione morale. Ma non ha niente a che vedere con il *droit*, il cui ambito di applicazione sono i beni esterni che devono essere ripartiti in quote per l'appunto *diseguali*¹⁶.

Dall'altro lato, il lavoro di John Finnis rappresenta il tentativo più celebre di costruire una teoria dei diritti umani partendo dai testi di Tommaso d'Aquino. Come Maritain, Finnis rivolge la sua attenzione al diritto naturale per porre le basi di un'analisi sui diritti umani. Tuttavia, la visione del diritto naturale è in effetti molto differente, interpretato in termini di ragion pratica che opera nel riconoscimento di una serie di beni umani intesi come «ragioni fondamentali per l'azione»¹⁷. Nella concezione di Finnis, la legge naturale tomista non guida l'individuo verso una serie di beni *naturali* che sono per natura buoni per quell'individuo; al contrario, la ragion pratica genera un requisito morale che impone un'azione dell'individuo volta a garantire una serie di beni *umani*, da cui tutti gli esseri umani possono trarre giovamento. Come molti critici hanno evidenziato, questa rielaborazione della teoria giusnaturalista mette da parte, in favore della ragione, il ruolo che Tommaso d'Aquino attribuisce alle inclinazioni a-razionali nella sua elaborazione dei precetti della legge naturale¹⁸. Finnis ha apertamente criticato Maritain

¹⁶ Ivi, pp. 49-50.

¹⁷ J. FINNIS, *Aquinas*, Oxford University Press, Oxford 1996, cap. III.5; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford 1980.

¹⁸ Riguardo al tentativo di restituire il concetto di "natura come natura" alla moderna concezione cattolica della legge naturale, cfr. J. PORTER, *Na-*

per aver definito istintuale la nostra conoscenza iniziale della legge naturale: al contrario, le «ragioni intrinseche per l'azione» sono propositive pur non essendo ancora imperativi morali¹⁹. Tuttavia, l'accento sul concetto di "umano" contrapposto a "naturale" nella sua versione del giusnaturalismo tomista gli ha permesso, similmente in questo senso ancora una volta a Maritain, di evitare qualsiasi possibile forma di individualismo intrinseco nella visione tomista e di sostenere invece una perfetta coerenza tra il bene umano e il bene comune, tra l'individuo e la società²⁰. In virtù di questo diritto naturale, gli individui hanno dei diritti umani. Tuttavia, esattamente come in Maritain, ancora una volta, la concezione dei diritti umani non riguarda solo la legge naturale ma anche una robusta concezione delle persone come fini a loro stesse, libere e uguali. Anche Finnis sostiene che un materialista non può offrire una visione adeguata dei diritti umani: l'uguaglianza umana è spirituale; dal punto di vista materiale, gli esseri umani sono propriamente *diseguali*²¹.

Sia la visione di Finnis sia quella di Maritain si allontanano dalla teoria di Tommaso d'Aquino sul diritto (compreso il diritto naturale), preferendo invece far derivare i diritti umani dalla legge naturale. Finnis suggerisce esplicitamente che l'adesione di Tommaso d'Aquino alle categorie aristoteliche di giustizia nella *Secunda secundae*, per quanto "comprensibile", si pone come ostacolo a ciò che Tommaso realmente desiderava sostenere²². Per Villey, al contrario, il problema è esattamente la mancanza di tale adesione. Nel suo *The Idea of Natural Rights*, tuttavia, Brian Tierney ha indubbiamente ragione nell'affermare che Tommaso non separa legge e diritto così come piaceva credere a Villey: come altri teologi del suo tempo, Tommaso d'Aquino era capace di muo-

ture as Reason: a Thomistic Theory of Natural Law, Eerdmans, Grand Rapids, MI, 2005, pp. 37-40.

¹⁹ J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 124-5.

²⁰ Ivi, pp. 111-14.

²¹ Ivi, pp. 135-6, riprendendo lo stesso brano della *Summa* al quale faceva riferimento anche Maritain in relazione al concetto di "persona" (tuttavia Finnis non adotta la stessa interpretazione di Maritain del termine); ivi, cap. 5 *passim*, in particolare p. 180.

²² J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 187-8.

versi tra lo *ius* inteso come “legge” e lo *ius* inteso come “diritto”²³. Questo non rappresenta per lo stesso Tierney una spinta a ricercare diritti soggettivi in Tommaso²⁴. Al contrario, il suo scopo è quello di svelare un linguaggio dei diritti naturali – equiparati dallo stesso Tierney ai diritti umani, sulla base del fatto che entrambi sono diritti detenuti dagli individui solamente in virtù della loro umanità – che traggono origine dalla tradizione canonista medioevale e si espandono da lì fino alla teologia scolastica del tardo medioevo e al giusnaturalismo del XVI e XVII secolo²⁵. Tierney non cerca di ridurre forzatamente ad un’unica teoria complessiva dei diritti umani la molteplicità dei diversi usi del linguaggio dei diritti naturali nei diversi contesti, né tantomeno suggerisce l’idea che queste locuzioni siano equivalenti all’uso moderno: esiste una storia intermedia. Nonostante le divergenze sia con i cultori cattolici dei diritti umani sia con i detrattori, il suo obiettivo rimane quello di dissociare il linguaggio dei diritti e dei diritti umani dall’individualismo dilagante, di insistere sulla loro compatibilità con il bene comune e di dimostrare le loro «rispettabili origini nella legge e nella religione medievali» invece che nel primo capitalismo moderno²⁶.

Queste tensioni interne alla morale cattolica e alla filosofia politica del XX secolo nei confronti dei diritti umani, e dei diritti più in generale, hanno avuto un impatto sugli studi sui neoscolastici del XVI e XVII secolo. Come potremmo ormai aspettarci, Villey, ad esempio (e non è l’unico), sosteneva che questi teo-

²³ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, GA: Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997, cap. 1, p. 24.

²⁴ Porter, comunque, ricorre alla visione di Tierney sui diritti naturali medievali per espandere la sua «teoria tomistica della legge naturale» all’ambito dei diritti umani. Non attribuisce direttamente tale dottrina allo stesso Tommaso d’Aquino, ma suggerisce che egli vi ci sia avvicinato: J. PORTER, *Nature as Reason: a Thomistic Theory of Natural Law*, cit., cap. 5.2. Nel suo studio precedente, *From Natural Law to Natural Rights: or, Why Rights Talk Matters*, in *Journal of Law and Religion*, 14, 1999-2000, pp. 77-96, arriva alla stessa conclusione ma è più apertamente critica nei confronti della spinta (in autori come Maritain e Finnis) a trasformare il diritto naturale in una teoria dei diritti naturali o umani.

²⁵ B. TIERNEY, *Idea of Natural Rights*, cit., p. 2 (n. 4).

²⁶ Ivi, pp. 346-8.

logi avevano già intrapreso la via della perdizione giuridica incorporando i diritti soggettivi, compresi i diritti naturali, all'interno di un tomismo che per definizione non era autentico. A suo avviso, c'è poca differenza tra la concezione di questi teologi e quella di Thomas Hobbes, o quella delle dottrine contemporanee sui diritti umani²⁷. Secondo Tierney, tuttavia, nonostante la locuzione "diritti soggettivi" sia estranea a Tommaso d'Aquino, non vi è nulla di intrinsecamente problematico nel suo utilizzo. Ciò che fecero questi neoscolastici fu di inserire un concetto medievale di diritti naturali in una teoria giusnaturalista per venire incontro alle nuove esigenze del XVI e del primo XVII secolo. Secondo Tierney, i loro studi sono stati portati avanti da Ugo Grozio per poi diventare parte dell'opinione dominante nella tradizione dei diritti naturali nella prima età moderna, da Locke a Pufendorf e da Wolff a Burlamaqui, e infine sfociare nei diritti umani. Hobbes «è da considerarsi come un'aberrazione», e pertanto Tierney è interessato ad allontanare Grozio da Hobbes contrariamente al legame tra i due suggerito da Richard Tuck²⁸.

Nel resto del capitolo cercherò di esporre il pensiero di questi teologi sui diritti in generale e sui diritti naturali. Per ragioni di spazio e di semplicità, mi concentrerò su Francisco de Victoria e Domingo de Soto, i due frati domenicani all'origine della rinascita tomista del XVI secolo, affiancando il modo in cui essi interpretano i diritti naturali in Tommaso d'Aquino al modo in cui Maritain e Finnis interpretano i diritti umani in Tommaso d'Aquino. Infine cercherò di esporre in maniera più generale il lavoro dei due teologi del XVI secolo sia in relazione

²⁷ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., pp. 125-7; capp. 9 e 10; M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano 1973, pp. 53-71.

²⁸ B. TIERNEY, *Idea of Natural Rights*, cit., p. 340 e cap. 13 *passim*. La posizione contrastante di Tuck è espressa in vari volumi, uno dei più recenti è *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford 1999; cfr. anche R. TUCK, *The Modern Theory of Natural Law*, in A. PAGDEN (a cura di), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1985, pp. 99-120.

alle teorie dei diritti naturali in senso più ampio, sia in relazione ai diritti umani.

Innanzitutto, dunque, Vitoria e Soto erano, come Villey e Finnis, perfettamente consapevoli, seppur in maniera opposta, della netta separazione nella *Summa Theologiae* tra la trattazione della legge, presente nella *Prima secundae*, e la trattazione della giustizia, che appare nella *Secunda secundae*. A differenza di Villey, tuttavia, questi neotomisti non consideravano questa separazione della *Summa* definitiva a livello concettuale. Lo stesso Tommaso d'Aquino aveva affermato che «la legge è in un certo senso una formulazione razionale del diritto», e parte dell'impresa di questi scolastici consisteva nel mostrare come la legge e il diritto funzionassero contemporaneamente all'interno di una concezione essenzialmente teleologica dell'agire umano e della vita umana²⁹. La legge rimaneva centrale nel loro pensiero, rappresentando, per loro, la modalità principale di direzione e controllo (*regimen*) degli esseri umani verso i propri fini, sia naturali sia soprannaturali. Ma, vista la loro natura sociale e politica, questi esseri umani formavano anche una molteplicità di rapporti giuridici tra di loro, un universo di diritto che non si è ridotto semplicemente a legge. La legge e il diritto insieme regolavano il complicato tessuto della pratica umana, né la prima deriva semplicemente dal secondo né ha una priorità concettuale sul secondo³⁰.

Per quanto riguarda la loro interpretazione di Tommaso, ciò significava che vedevano la legge come una cornice dell'universo del diritto. Tuttavia, non aggiravano la visione del diritto di Tommaso semplicemente per ricavare i diritti dall'analisi della legge nella *Prima secundae*. Anzi, introducevano un senso soggettivo di diritto – un diritto appartenente all'individuo – all'interno della discussione sulla giustizia di Tommaso d'Aquino. Tuttavia, questo non implicava un “individualismo” astratto né,

²⁹ ST II-II, q. 57, a. 1.

³⁰ Cfr. M. SCATTOLA, *Die weiche Ordnung: Recht und Gesetz in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto*, in A. FIDORA ET AL. (a cura di), *Lex und Ius: Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, frommann holtzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 2010, p. 333; A.S. BRETT, *Molina on Law and Power*, in M. KAUFMANN-A. ACICHELE (a cura di), *A Companion to Luis de Molina*, Brill, Leiden 2014.

come si è detto, la tesi della priorità dei diritti sulla legge. Per Vitoria, questo rappresentava una conseguenza del modo in cui la sua stessa comprensione della giustizia “rettificatrice” aristotelica (o, per dirla nella lingua scolastica, della giustizia “commutativa”, la giustizia dello scambio interpersonale) era condizionata dall’eredità della casuistica della restituzione tardomedievale³¹. La restituzione era una richiesta in coscienza: se un individuo commetteva peccato prendendo da qualcun altro qualcosa che non gli apparteneva, era “vincolato in coscienza” a restituirlo prima di poter ottenere un’assoluzione dal suo peccato. La restituzione, dunque, non ripristina qualcosa di oggettivamente giusto; piuttosto, riabilita a pieno titolo un individuo. Nella teologia della penitenza tardomedievale, questa veniva affrontata in termini di *dominium* – un concetto che poteva indicare esclusivamente una “proprietà”, ma che era stato esteso per coprire tutti i rapporti giuridici in cui l’ingiuria (*iniuria*, violazione del diritto) poteva essere rivolta verso un individuo, suscitando una richiesta di restituzione. Il risultato fu un’equivalenza tra il *dominium* (in senso ampio) e il diritto, inteso come un potere o “facoltà” giuridica appartenente a un individuo su un’altra cosa o persona. Vitoria importò questo senso di “diritto” all’interno della discussione di Tommaso d’Aquino sulla restituzione, mantenendo apertamente una continuità con la concezione di Tommaso dello *ius* e concentrandosi sull’idea che la legge costituisce la formulazione razionale del diritto. Se questo è vero, allora il diritto è ciò che è permesso dalla legge; ma ciò che è permesso dalla legge è una definizione puramente formale, che deve essere completata da una nozione di diritto quale potere dell’individuo. In questo modo, il diritto come *dominium*, il diritto-*dominium*, diventa l’oggetto della giustizia commutativa. Anche Domingo de Soto fece del *dominium* l’oggetto della giustizia commutativa, nonostante non condividesse il ragionamento di Vitoria³².

³¹ Cfr. A. BRETT, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, pp. 126-30; B. TIERNEY, *Idea of Natural Rights*, cit., pp. 257-61.

³² D. DE SOTO, *De iustitia et iure* (1566), edizione con testo a fronte in spagnolo e un’introduzione di Venancio Diego Carro, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967-8, Lib. IV, proemio.

Vitoria era ben consapevole che in questo senso si stava allontanando da Tommaso d'Aquino e non è priva di fondamento la descrizione di «verbal jugglery» che Tierney attribuisce a questa procedura³³. Eppure Vitoria non vedeva la propria mossa in contraddizione con la *Summa*, anzi, essa rappresentava la concretizzazione di una dottrina altrimenti astratta inutilizzabile. In effetti, si poteva utilizzare per riunire diversi elementi della *Summa* in un quadro coerente della relazione tra gli esseri umani, con le loro capacità naturali, e un mondo giuridico comprendente sia la legge sia il diritto. Anche Tommaso d'Aquino aveva visto la restituzione come un atto di giustizia commutativa e aveva invocato un «diritto di *dominium*» (*ius domini*) nonché la figura del *dominus*, il detentore del *dominium*, nel concettualizzare le sue richieste; ciò si applicava allo stesso modo alla sua trattazione del furto³⁴. Tuttavia, egli non aveva posto alcun vincolo tra il *dominium* e la propria concezione aristotelica di diritto; diversamente, Vitoria e Soto attribuivano un valore sistematico all'intera trattazione della giustizia. Inoltre, tale trattazione – in termini di agenti individuali con diritti individuali – poteva essere legata più strettamente alla visione tomista di base sull'agire umano: infatti Tommaso d'Aquino aveva identificato l'agente umano come qualcuno avente *dominium* sulle proprie azioni attraverso il possesso della ragione e della volontà. È questo che fondamentale distingue un essere umano da un animale: un animale agisce istintivamente, per cui non “agisce” mai per davvero. Un essere umano agisce deliberatamente e seguendo il proprio libero arbitrio: le sue azioni rimangono sotto il suo controllo, il suo *dominium*. È questo agente umano a essere sia soggetto di legge nella *Prima secundae* sia detentore del *dominium* sulle altre cose e persone nella *Secunda secundae*³⁵. A differenza di Villey, dunque, l'intento di Vitoria e Soto era probabilmente solo quello di confermare una connes-

³³ B. TIERNEY, *Idea of Natural Rights*, cit., p. 259.

³⁴ ST II-II, q. 62 e q. 66.

³⁵ Cfr. A. BRETT, *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2011, cap. 2 (*Constructing human agency*). Nelle parti descrittive di questo capitolo, utilizzerò il soggetto al maschile per rispetto alla sensibilità degli autori interessati.

sione tra il diritto e l'agire umano che già era sottinteso nel testo di Tommaso d'Aquino. A mio avviso, tuttavia, aveva ragione Willey a insistere sull'agire quale questione centrale. Esattamente come per lo stesso Tommaso (con il dovuto rispetto per Maritain e Finnis), il linguaggio della "persona" non assume il ruolo centrale che ha nella moderna teoria dei diritti umani, perché la personalità è contenuta all'interno del concetto di agente umano³⁶.

Finora abbiamo considerato i diritti in generale, e per quanto riguarda i diritti naturali? A questo proposito, è importante osservare sin dall'inizio che Vitoria e Soto consideravano i diritti naturali, esattamente come la legge naturale, non in maniera isolata, ma come parte di un universo giuridico stratificato. Avevano ereditato dallo stesso Tommaso la convinzione che la legge naturale da sola non fosse sufficiente alla regolazione dell'agire umano: richiedeva una specificazione attraverso le norme del "diritto delle genti" e attraverso il diritto civile di particolari comunità politiche, questi due aspetti insieme costituivano il campo del "diritto umano". Di questi due tipi di diritto, quello che si trova nei testi di Vitoria e Soto, a differenza di quelli di Tommaso, è lo sviluppo, e un profondo interesse a riguardo, del diritto delle genti, o *ius gentium*. Risolvendo le tensioni presenti nella *Summa*, Vitoria e Soto, in generale, vedevano lo *ius gentium* come "positivo" in contrapposizione al diritto naturale: una legge che gli esseri umani avevano stabilito per loro stessi. La collocavano convintamente nel periodo successivo alla Caduta, quello in cui gli esseri umani, espulsi dall'Eden, furono costretti a viaggiare e a stanziarsi, a coltivare la terra, a guadagnarsi da vivere. Tuttavia, entrambi mostravano esitazione nel definire il limite tra lo *ius gentium* e il diritto naturale, vedendo entrambi una stretta vicinanza tra i due. Per Vitoria, lo *ius gentium* protegge e consente il diritto naturale; rappresenta il mediatore necessario tra il diritto naturale e le

³⁶ Lo stesso Tommaso d'Aquino continua affermando, nel passaggio utilizzato da Maritain e Finnis (cfr. n. 3), che il concetto di "persona" si applica a un individuo con una natura razionale, e non qualsiasi altra natura, perché la natura razionale è riconoscibile per avere il dominio sulle proprie azioni, la capacità di agire e non solo di subire le azioni, e le azioni appartengono agli individui.

circostanze concrete della vita umana. Questo è vero a tal punto che Vitoria può affermare che lo *ius gentium* è *quasi* diritto naturale. Soto, dal canto suo, vedeva lo *ius gentium* come l'elaborazione necessaria, da parte della ragione umana, dei principi della legge naturale, che egli identificava come "semi" che danno frutti solo nella legge umana³⁷. Questo ruolo dello *ius gentium* nel mediare o tradurre la teleologia del diritto naturale in relazioni umane concrete è fondamentale per il nostro scopo, poiché, stando alla loro comprensione, lo *ius gentium* si occupa principalmente della regolazione del *dominium*. L'enfasi su questo aspetto (e sul diritto umano in generale) si contrappone all'accentuazione consapevole del "naturale" che troviamo nelle rivisitazioni del giusnaturalismo nel XX secolo – sebbene in questo senso Maritain sia, curiosamente, più in debito verso la seconda scolastica, a proposito della fluidità tra il diritto naturale, il diritto delle genti e il diritto civile, «un dynamisme qui pousse la loi non-écrite à s'épanouir dans la loi humaine»³⁸.

Se, in Vitoria e in Soto, l'accento cade sul mondo giuridico in questo modo, allora quale ruolo assumono i diritti naturali nel loro pensiero? A questo proposito, diventa importante introdurre una qualificazione di ciò che è stato detto finora sulla nozione di diritto *per se*. Nonostante il diritto come *dominium* sia l'oggetto della giustizia commutativa, non è, né per Vitoria né per Soto, l'unico tipo di diritto. Entrambi ricorrono a un senso di diritto che è più simile a quello dei diritti umani di Maritain o di Finnis, essendo derivato dalla legge naturale. Avevano ereditato questo significato di diritto da un particolare elemento del dibattito tardomedievale sui diritti, partendo da Guglielmo di Occam, passando per Jean Gerson, e soprattutto, per Jacques Almain all'inizio del XVI secolo, che aveva deliberatamente unito un linguaggio occamista del diritto naturale con un linguaggio

³⁷ See A. BRETT, *Changes of State*, cit., capp. 3 e 8; A. BRETT, *Later Scholastic Philosophy of Law*, in F.D. MILLER-C.-A. BIONDI (a cura di), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, II ed., Springer, Dordrecht 2014, pp. 335-375.

³⁸ J. MARITAIN, *Droits de l'homme et loi naturelle*, cit., p. 91. Il fatto di essere in debito con gli autori della seconda scolastica appare evidente nelle sue pagine, nonostante non ne faccia alcun riferimento esplicito.

gio tomista della legge naturale³⁹. Vitoria e Soto concepiscono questo tipo di diritto come un potere o una facoltà dell'individuo, non *su* qualcosa, come nel caso del *dominium*, ma *per* i beni naturali prescritti dalla legge naturale. Il diritto naturale in questo senso non è un oggetto della giustizia commutativa, ma la nostra legittima facoltà di agire in conformità con la legge naturale. Questo senso di diritto è più evidente nel caso dell'autoconservazione, il primo bene naturale identificato da Tommaso d'Aquino e quello che abbiamo in comune con tutti gli esseri di natura. È importante ricordare, tuttavia, che perlomeno Soto ricorre a questo diritto sia in senso stretto (autoconservazione, autodifesa) sia in senso ampio (piena "fioritura" umana, per usare il linguaggio moderno): questi diritti non riguardano solo l'autoconservazione.

Oltre ai diritti naturali in questo senso, i due studiosi hanno anche identificato gli esseri umani come dotati di una gamma di diritti-*dominium* naturali, ossia, diritti naturali *sulle* cose. Anche questo ragionamento trae origine da un ricco dibattito tardomedievale sui diritti naturali. Come si è visto, avere il *dominium* delle proprie azioni era una condizione dell'essere umano. Questo era il concetto di libertà nel senso di essere un agente libero, e perciò un agente morale, capace di fare del bene o del male. Non è del tutto chiaro il rapporto di questo *dominium* con la libertà, nel senso di un diritto che può essere rivendicato contro altri; ma sia Vitoria sia Soto sono concordi nell'affermare che l'uomo possiede per natura un tale diritto⁴⁰. Di nuovo, l'uomo per natura non aveva *dominium* sulla propria

³⁹ Cfr. A. BRETT, *Liberty, Right and Nature*, cit., capp. 3 e 4.

⁴⁰ La difficoltà consiste nel fatto che se il *dominium* delle proprie azioni coincide con la libertà nel senso di un diritto, allora la perdita di quel diritto implicherebbe la perdita di ogni agire morale, perdita della capacità di agire in modo specificamente umano. Né Vitoria né Soto intendevano affermare che uno schiavo non avesse alcuna capacità dell'agire umano. Più tardi, gesuiti come Francisco Suárez e Juan de Salas risolveranno la questione facendo una chiara distinzione tra il *dominium* che appartiene alla natura umana, in quanto tale, e il *dominium* morale che è alienabile; solo il secondo è un diritto. Cfr. A. BRETT, *Human Freedom and Jesuit Moral Theology*, in Q. SKINNER-M. VAN GELDEREN (a cura di), *Freedom and the Construction of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, vol. II, pp. 9-26.

vita – in quanto questo apparteneva solo a Dio – ma aveva *dominium* sul proprio corpo; aveva inoltre, in comune con tutti gli altri esseri umani, *dominium* sulla terra e su tutte le sue creature. Tutti questi diritti sono una funzione della natura degli esseri umani quali esseri liberi, capaci di autodeterminazione morale, ma anche in quanto dotati di una natura corporea che impone delle necessità di sostentamento. I due autori sono molto chiari sul punto che entrambe le condizioni sono indispensabili per questo tipo di diritti, visto che gli animali ne sono sprovvisti.

Tuttavia, per quanto traccino il confine tra l'umano e l'animale, i diritti-*dominium* naturali non lo fanno in modo da essere indivisibili dagli esseri umani. Vale a dire, non appartengono, come i diritti umani, a un essere umano unicamente in virtù della sua umanità, qualunque sia lo stato in cui si trova⁴¹. Nella misura in cui essi appartengono agli individui, questi diritti sono gli oggetti della giustizia commutativa, la giustizia dello scambio, e pertanto sono per definizione intercambiabili con altre cose. Prendiamo ad esempio il diritto naturale della libertà. Soto vedeva la libertà come un elemento fondamentale della capacità umana di vivere bene, della "fioritura" umana, essere privati di essa era cosa terribile. Ma ciò non significa che sia inalienabile. Pertanto egli sostiene che un essere umano può alienare la propria libertà, non tanto per tutto l'oro del mondo, ma sicuramente per il bene della vita stessa, perché il suo diritto naturale all'autoconservazione giustifica ogni sua azione verso quel fine⁴². La libertà può anche essere sottratta a un individuo per punizione. Vitoria sosteneva che, secondo il diritto di guerra che è un punto centrale dello *ius gentium*, chiunque venga catturato dalla parte ingiusta in una guerra giusta può essere giustamente fatto schiavo: «quando la guerra è tale per cui è legittimo saccheggiare indiscriminatamente l'intero popolo nemico e appropriarsi di tutti i loro beni, deve essere legittimo anche

⁴¹ Parlando della questione se questo tipo di diritti siano diritti umani, John P. Doyle richiama l'attenzione sull'alienabilità come una delle questioni principali: J.P. DOYLE, *Collected Studies on Francisco Suárez 1548-1617*, Leuven University Press, Leuven 2010, cap. 12 (*Suárez on Human Rights*).

⁴² D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. IV, q. 2, a. 2.

farli tutti schiavi, sia gli innocenti sia i colpevoli»⁴³. Il motivo che adduce è che «la libertà e la schiavitù sono da considerarsi beni di fortuna», separabili dall'essere umano, esattamente come qualsiasi altro oggetto di proprietà.

Lo *ius gentium* opera in maniera diversa nel caso del diritto-*dominium* naturale sulla terra e sulle sue creature. Sia Vitoria sia Soto, esattamente come i loro predecessori medievali, difendevano un diritto naturale di impossessarsi di qualunque cosa necessaria per la sopravvivenza, un diritto inseparabile dalla vita umana. Non si tratta tuttavia del caso di un diritto-*dominium* individuale inalienabile. Si tratta del punto d'incontro tra il diritto naturale individuale all'autoconservazione e il *dominium* comune originale, non individuale, dell'umanità sulla terra e sulle sue creature. Questo *dominium* comune venne suddiviso tra gli uomini dopo la Caduta, per adattarsi alle mutate condizioni della vita all'esterno del giardino dell'Eden. La divisione dei beni tra gli uomini era avvenuta attraverso il *consensus gentium*, il consenso comune di tutti i popoli, ed occupa una posizione centrale dello *ius gentium*, il diritto delle genti⁴⁴. Tuttavia, questa divisione del *dominium* sui beni della terra – a causa del fine del vivere umano in società – non ha mai avuto lo scopo di avere la precedenza sulle esigenze di estrema necessità di un individuo, il fine della conservazione della sua stessa vita protetta dal diritto naturale. Dunque, esattamente come Tommaso d'Aquino, Vitoria e Soto affermavano che in periodi di estrema necessità si ritorna all'originaria comunanza dei beni, pertanto non è furto se un individuo prende ciò di cui ha bisogno per sopravvivere, ovvero ciò non costituisce una violazione di diritto che richieda una restituzione. Lo stesso vale anche laddove l'individuo non abbia alcun diritto nella legge civile. In un celebre caso di coscienza esplorato da entrambi i teologi, una persona prende in prestito qualcosa da qualcun altro e diventa perciò vincolata dalla giustizia commutativa a restituirlo. Si trova poi però in una situazione di estrema necessità, per cui la sua vita è in pericolo se restituisce tale cosa. Tuttavia, contemporanea-

⁴³ F. DE VITORIA, *Political Writings*, a cura di A. Pagden and J. Lawrance, Cambridge University Press, Cambridge 1992, p. 318.

⁴⁴ Cfr. anche A. BRETT, *Changes of State*, cit., cap. 8.

mente, anche il prestatore si trova in uno stato di estrema necessità, per cui la sua vita è in pericolo se colui che ha ricevuto in prestito *non* restituisce la cosa. Il debitore, in questo caso, è vincolato in coscienza alla restituzione? La risposta per entrambi i teologi è negativa. Tuttavia, ognuno dei teologi pone l'accento su un aspetto diverso: Vitoria sottolinea che «in caso di estrema necessità, tutte le cose sono in comune», mentre Soto afferma che «così innato è in ogni creatura il desiderio, e perciò il diritto all'autoconservazione, che ogni altro diritto cede ad esso»⁴⁵.

Troviamo una simile situazione ibrida nel caso di un altro diritto degli individui sotto lo *ius gentium*, il diritto di viaggiare. Questo diritto rappresenta il punto d'incontro tra il diritto naturale individuale di associazione umana, posseduto per diritto naturale, e il *dominium* originario di tutta l'umanità sull'intera superficie del globo. Come si è visto, quel *dominium* era stato diviso nelle proprietà private, ma sia Soto sia Vitoria sostenevano che il mare aperto, le rotte di viaggio e altri spazi pubblici non facessero parte della spartizione originale. Pertanto, benché non tutti abbiano più il diritto di viaggiare ovunque desiderino, hanno tutti ugualmente (sempre che non siano pericolosi e non abbiano commesso crimini) il diritto di viaggiare per mare, di percorrere le strade e di accedere agli spazi pubblici. Questo fa parte dello *ius communicandi* di Vitoria, a cui faceva ricorso nella sua *relectio* sugli indiani d'America per giustificare il viaggio spagnolo verso le Indie⁴⁶. Soto faceva ricorso allo stesso diritto per difendere il viaggio dei mendicanti itineranti, persi-

⁴⁵ F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, Edición preparada por Vicente Beltrán de Heredia, Biblioteca de Teólogos españoles, Salamanca 1934/1952, q. 62, a. 5, n. 15; D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. IV, q. 7, a. 1.

⁴⁶ F. DE VITORIA, *Political Writings*, cit., pp. 278-81. Per visioni differenti di questo diritto controverso, cfr. G. CAVALLAR, *The Rights of Strangers: Theories of International Hospitality, the Global Community and Political Justice since Vitoria*, Ashgate, Aldershot 2002, cap. 2; A. PAGDEN, *Dispossessing the Barbarian*, in ID. (a cura di), *The Languages of Political Thought in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1987, pp. 79-98; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, cap. 1.

no dei Turchi, all'interno dei confini d'Europa⁴⁷. In entrambi i casi, quello che ne risulta è un diritto a immigrare, in contrapposizione alla *Dichiarazione universale dei diritti umani*, che, com'è noto, riconosce solo il diritto umano a emigrare. Si potrebbe essere tentati, dunque, di pensare a questo come a un diritto umano che va al di là degli attuali diritti umani, ma questo significherebbe fraintendere sia il suo argomento sia la sua sostanza. Dipende da una particolare comprensione della storia della salvezza umana, come un'odissea umana collettiva invece che una rivendicazione individuale, in cui il *dominium* diviso si sovrappone al *dominium* comune ma lascia ancora degli spazi liberi per poter beneficiare di quel *dominium* comune. Ciò implica infatti un diritto individuale, secondo la legge naturale, verso i beni naturali di amicizia e associazione. Ma questo diritto naturale conserva la propria sostanza solo nella misura in cui viene mediato attraverso il *dominium* secondo lo *ius gentium*.

Finora ho sostenuto che i diritti-*dominium* naturali o non sono inalienabili oppure lo sono proprio perché non appartengono a un individuo ma alla comunità di tutta l'umanità. Per concludere la discussione su questo tipo di diritti, voglio prendere in considerazione il *dominium* dell'individuo sulle sue stesse azioni – la capacità di agire su cui poggiano tutti questi diritti-*dominium* – questa volta come diritti di individui all'interno delle comunità invece che direttamente secondo lo *ius gentium*. In questo consiste la naturale capacità dei diritti-*dominium*, non dei diritti in sé, che assume un ruolo simile a quello che i diritti umani assumono nell'identificare un individuo come “persona” (nel senso moderno del termine), con una “dignità” umana. Pertanto, in un passaggio decisivo, Soto afferma con chiarezza che la comunità non può uccidere un soggetto innocente, perché, per quanto questi sia in un certo senso parte della comunità non ne è parte come una mano o un piede, che possono essere amputati nell'interesse generale del corpo. Egli è di per sé capace di diritti e perciò capace di *iniuria*, che la comunità non può far gravare su di lui⁴⁸. La questione però è

⁴⁷ D. DE SOTO, *Deliberación en la causa de los pobres*, in F. SANTOLARIA SIERRA (a cura di), *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI*, Ariel, Barcelona 2003; A. BRETT, *Changes of State*, cit., cap. 1.

⁴⁸ D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. V, q. 1, a. 7.

molto diversa per i soggetti criminali. Vitoria e Soto concordano con Tommaso d'Aquino che questi criminali possano essere condannati a morte. Soto concorda in maniera esplicita con le motivazioni di Tommaso: il criminale si allontana dalla dignità umana e diventa come un animale, perdendo il *dominium* su sé stesso che lo rende un potenziale soggetto di diritti, capace di *iniuria*⁴⁹. È importante a questo proposito sottolineare come il criminale non perda alcun "diritto alla vita" nel senso di un diritto-*dominium* sulla sua stessa vita, perché mai lo ha avuto, né tantomeno lo acquisisce la comunità; come si è visto, solo Dio ha il *dominium* sulla vita. Invece, ciò che perde è la sua capacità di diritto e pertanto di qualsiasi violazione del diritto da parte della comunità (nonostante resti il fatto che essendo ancora egli per natura, se non moralmente, un essere umano e non un animale, può essere ucciso solo dal potere pubblico e mai da un individuo privato). Perciò, per Soto, è separabile dalla persona non solo il *dominium* naturale, ma la stessa capacità di tale *dominium*.

Vorrei allontanarmi da questo caso per considerare, infine, il diritto naturale di autoconservazione, che è una peculiarità del pensiero di Soto, nonostante sia ripreso anche da Vitoria. Come detto in precedenza, non si tratta di un diritto-*dominium*, è pertanto assolutamente inalienabile. Tuttavia, proprio la naturalità di questo diritto è ciò che lo rende meno "umano": Soto lo attribuisce a tutti gli esseri naturali, o almeno a tutti gli esseri animati; Vitoria invece lo attribuisce al corpo politico costituitosi naturalmente quale analogo di un essere umano naturale⁵⁰. Non appartiene all'essere umano in quanto tale, ma a qualsiasi corpo naturale, e la sua funzione è quella di legittimare le azioni che il corpo naturale intraprende per preservare sé stesso, compresa l'autodifesa. È possibile vedere questo diritto in funzione in Soto, più precisamente, nel caso del criminale condannato

⁴⁹ ST II-II, q. 64, a. 2, ad 3; D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. V, q. 1, a. 1, ad 2 e ad 3. È interessante notare che Vitoria non si esprime su questo ragionamento e la sua trattazione della questione è molto più contenuta: F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, cit., q. 64, a. 2.

⁵⁰ Per Domingo de Soto, cfr. A. BRETT, *Liberty, Right and Nature*, pp. 152-4; F. DE VITORIA, *Political Writings*, cit., p. 11.

esaminato in precedenza. Questo individuo ha perso la capacità di subire *iniuria*, cosa che distingue un uomo da un animale, il che sembrerebbe lasciarlo totalmente privo di diritti. Eppure, Tommaso d'Aquino già aveva affermato che tale è il bene stesso della vita che nessuno è tenuto a partecipare alla propria morte; perciò tale individuo non è tenuto a rimanere in un luogo dove, se rimanesse, ne conseguirebbe la sua morte⁵¹. Finnis, traducendo la teoria di Tommaso d'Aquino in un linguaggio dei diritti umani nel modo che abbiamo visto, individua in questo caso un'incongruenza cruciale⁵². A suo avviso, la pena capitale non solo è in contraddizione con il bene essenziale della vita, perciò con il diritto umano alla vita, è anche in contrasto con la posizione di Tommaso d'Aquino secondo cui il condannato mantiene, nelle parole di Finnis, «la natura di una persona umana» e anche certi «diritti umani (libertà morali)», come il diritto a una fuga non violenta⁵³.

Soto, tuttavia, non individua alcuna tensione, e ciò è dovuto al fatto che non riduce tutti i diritti naturali ad un unico tipo “umano” essenziale. Tommaso d'Aquino in questo senso non attribuisce positivamente nessun diritto al criminale; dice semplicemente che egli «non pecca» (una «libertà morale» non è necessariamente la stessa cosa di un «diritto umano»). Soto traduce questa posizione nel suo linguaggio di un diritto naturale di autoconservazione, che è un diritto di un ordine diverso rispetto a un diritto-*dominium* naturale o persino alla capacità di diritti-*dominium*. Questo diritto legittima un criminale a fuggire se può farlo senza commettere violenza contro le sue guardie (perché lo stesso Tommaso sostiene che una violenza di questo tipo costituirebbe una «guerra ingiusta» contro il giudice, per la quale il criminale non detiene alcun diritto). Questo non significa affermare che egli abbia un diritto naturale di *fuggire*, né tantomeno un diritto di *vivere*. Rappresenta semplicemente la tesi secondo cui, grazie al suo diritto naturale all'autoconservazione, non commette un ulteriore crimine

⁵¹ ST II-II, q. 69, a. 4.

⁵² J. FINNIS, *Aquinas*, cit., p. 282.

⁵³ Il riferimento è a ST II-II, q. 25, a. 6; in questo contesto non si fa alcun riferimento alla “persona umana”.

fuggendo⁵⁴. Un altro esempio ripreso da Soto, più controverso questa volta perché riguarda la violenza, è il caso di un soldato che combatte in una guerra ingiusta. Questo individuo non ha, per definizione, nessun diritto di combattere; commette perciò un'*iniuria*, una violazione di diritto, ogni volta che attacca, ferisce o uccide un nemico. Dovrebbe quindi egli, invece, in coscienza lasciarsi uccidere? La risposta è no, perché «non è tenuto a subire una simile morte»⁵⁵.

Per concludere, vorrei approfondire la questione del legame tra il pensiero giuridico di Vitoria e di Soto e la nozione di diritti umani: inizialmente attraverso un confronto con le teorie giusnaturalistiche del XVII secolo, per poi tornare alle moderne teorie tomiste sui diritti umani che abbiamo preso in considerazione all'inizio. Per prima cosa, dunque, il diritto di autoconservazione collega indubbiamente il lavoro di Vitoria e di Soto con quello di Ugo Grozio e di Thomas Hobbes. Samuel Moyn ha suggerito che i diritti naturali di quest'ultimo non possono venire intesi come diritti umani, principalmente in ragione del fatto che quei diritti naturali rafforzano lo Stato invece di contenerlo, come fanno i diritti umani contemporanei⁵⁶. Il ruolo assunto dai diritti naturali nella formazione e nella legittimazione della comunità politica e del suo potere è sicuramente una caratteristica delle teorie di Grozio e Hobbes, ed è presente anche in Vitoria e Soto (nonostante vi siano delle differenze sostanziali su cui è il caso di ritornare successivamente). Tutti questi aspetti non rappresentano l'unico ruolo assunto dai diritti naturali, che servono invece anche a rafforzare l'individuo contro la comunità politica. La valutazione di base di Moyn è, tuttavia, ancora giustificata, nella misura in cui i diritti naturali non svolgono questo ruolo nello stesso modo in cui lo fanno i diritti umani moderni. Nel loro ruolo difensivo, i diritti naturali della prima età moderna non riguardano essenzialmente la protezione

⁵⁴ D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. I, q. 6, a. 6; A. BRETT, *Changes of State*, cit., cap. 6, pp. 164-7.

⁵⁵ D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. V, q. 1, a. 7. Di nuovo, c'è un simile caso di coscienza in Vitoria, ma manca l'enfasi distintiva di Soto sul diritto all'autoconservazione: F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, cit., q. 64, a. 6, nn. 4-5.

⁵⁶ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, cit., pp. 21-2.

degli individui vulnerabili, ma la giustificazione in coscienza dell'agire morale individuale. Gli scenari difensivi che abbiamo analizzato in Soto – il criminale condannato che, se può, fugge, il soldato che uccide per evitare di venire ucciso a sua volta, persino l'uomo affamato che trattiene ciò che si è fatto prestare da un altro anche di fronte alla morte certa di quest'ultimo – non sono situazioni da diritti umani. Riguardano i limiti del dovere morale. Questa prospettiva è allo stesso modo centrale nell'interpretazione del diritto naturale di autoconservazione di Hobbes, nonché nella sua rivendicazione del diritto dei ribelli, non *di ribellarsi*, ma di lottare contro il sovrano dopo essersi ribellati: poiché «non fanno che difendere le loro vite; cosa che il colpevole può fare altrettanto [lecitamente] dell'innocente»⁵⁷.

Si potrebbe replicare a questo punto che l'estesa diffusione del diritto di autoconservazione quale limite del dovere morale è peculiarità di Soto piuttosto che di Vitoria. Questo è vero, benché rimanga aperta la questione che non è possibile semplicemente considerare un diritto naturale della prima età moderna come un diritto umano contemporaneo. Tuttavia, direi che la medesima prospettiva disciplina la casuistica di restituzione che è il contesto primario in Vitoria per l'elaborazione teorica di qualsiasi diritto. In questo senso, inoltre, la prospettiva dei diritti è la prospettiva dell'agente morale, qualcuno libero di agire ma anche obbligato alla restituzione se viola il diritto di un qualsiasi altro agente analogo; non solo obbligato dalla legge, ma obbligato dalla coscienza. La casuistica di coscienza elaborata sulla base di questo modello potrebbe sicuramente fungere da controllo sulla violazione di diritto. Potrebbe, tuttavia, essere utilizzata anche per ampliare lo spazio dell'agire morale legittimo, inteso come un agire non pregiudizievole. Nonostante l'insistenza di Tierney sul fatto che «le teorie dei diritti occidentali, in origine, non furono semplicemente un'espressione degli impulsi più egoistici del primo capitalismo moderno», studi recenti hanno sottolineato come il «discorso sui diritti» della prima modernità *fu* sostanzialmente connesso alla legittimazione del primo capitalismo moderno⁵⁸. In Vitoria, Soto e i successivi casuisti

⁵⁷ T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma, e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 183.

⁵⁸ B. TIERNEY, *Idea of Natural Rights*, cit., n. 26; M. KOSKENNIEMI, *Em-*

gesuiti, e altrettanto in Grozio e nei suoi successori nella tradizione giusnaturalista protestante, è evidente la relazione tra le nozioni di diritti naturali e la legittimazione in coscienza di una crescente serie di contratti e altre attività commerciali. In generale, in ognuno di questi autori, la figura dell'agente morale quale soggetto di diritti naturali è molto diversa dall'individuo vulnerabile che è soggetto dei diritti umani contemporanei.

Ciononostante, sarebbe sbagliato unire sotto ogni aspetto le teorie giusnaturalistiche di Vitoria e Soto con quelle di Grozio e Hobbes. Con questo ritorno al mio confronto tra le interpretazioni della *Summa* di Vitoria e di Soto e i tentativi del XX secolo di analizzare i diritti umani all'interno della tradizione tomistica. Abbiamo visto come Maritain e Finnis abbiano focalizzato la propria attenzione sulla concezione di Tommaso della legge naturale e dei beni necessari per il benessere dell'uomo, insieme a una tesi dell'uguaglianza delle persone e della compatibilità (in effetti, la connessione necessaria) tra i diritti umani e il bene comune. MacIntyre, da parte sua, fondava la sua obiezione su questo tipo di diritti, per la precisione sulla loro apparente mancanza di orientamento verso il bene. Come questi tomisti moderni, Vitoria e Soto erano altrettanto interessati alla teleologia della vita umana e ai beni verso cui la legge naturale orienta gli esseri umani. Come abbiamo visto, questo genera un diritto naturale su questi beni che non si limita al diritto all'autoconservazione in senso stretto e che alimenta la comunità in maniera diversa rispetto al modo in cui i diritti naturali svolgono questa funzione in Grozio e Hobbes. Gli esseri umani formano un organismo politico con l'obiettivo di raggiungere la piena felicità umana (la "fioritura", per usare un linguaggio aristotelico moderno), vale a dire, l'intera gamma di beni verso cui sono orientati dalla legge naturale e su cui detengono un diritto naturale⁵⁹. La natura degli esseri umani dona loro anche una serie

pire and International law: the Real Spanish Contribution, in *University of Toronto Law Journal*, 61, 2011, pp. 1-36; M. KOSKENNIEMI, *International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism: Grotius to Smith*, in P.-M. DUPUY-V. CHETAIL (a cura di), *The Roots of International Law*, Brill, Leiden 2014, pp. 3-37.

⁵⁹ Come afferma Soto «Dio mediante la natura ha dato ad ogni cosa la facoltà di conservare sé stessa e di resistere agli elementi contrari: non so-

di diritti-*dominium* naturali che non sono presenti in Hobbes, nonostante sia Grozio quello più vicino agli scolastici in questo caso, come sostiene Tierney.

Tuttavia, come abbiamo visto, di fondamentale importanza per i tomisti del XVI secolo è il fatto che la teleologia naturale umana non si traduce direttamente in un omogeneo universo di diritti naturali quale l'equivalente dei diritti umani, e nemmeno combacia sempre perfettamente con il bene comune della comunità politica. La dinamica della fioritura umana è disturbata dalla Caduta e deve essere ricostituita attraverso la divisione dei beni tra gli uomini in forza dello *ius gentium*, una divisione in cui è coinvolta la stessa comunità politica, e, parallelamente, attraverso un'intersezione tra il tipo di diritto che è corollario della legge naturale e il tipo di diritto che si fonda sul *dominium sui* unito alle esigenze umane⁶⁰. Il risultato di questa dinamica mediata è una situazione giuridica molto eterogenea per gli esseri umani individuali. Potrebbero essere tutti uguali per natura, nel senso di avere tutti capacità di diritti, e potrebbero tutti, per natura, avere in effetti certi diritti. Ma "per natura" non significa che devono sempre avere questi diritti, né indica tantomeno la capacità di questi diritti, come abbiamo visto. Gli esseri umani saranno molto diseguali negli effettivi diritti che possiedono: in tutta legittimità, alcuni saranno schiavi, altri saranno liberi; alcuni saranno mendicanti, altri saranno ricchi; alcuni eserciteranno il potere della comunità politica, altri moriranno sul patibolo. Proprio questo è lo spazio dello *ius gentium*, la matrice giuridica necessaria ma dal pugno di ferro entro cui

lo in relazione alla salvaguardia del loro benessere temporale, ma anche mediante la sua grazia in relazione alla prosperità del loro benessere spirituale. E poiché gli uomini, se dispersi, mal avrebbero potuto esercitare questa facoltà, aggiunse loro un istinto alla vita sociale, affinché, riuniti fossero di sufficiente aiuto gli uni agli altri». D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. IV, q. 4, a. 1.

⁶⁰ Cfr. A. NIEDERBERGER, *Recht als Grund der res publica und res publica als Grund des Rechts: Zur Theorie legitimer Herrschaft und des ius gentium bei Francisco de Vitoria*, e A. WAGNER, *Zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Rechtsbegriff bei Francisco de Vitoria*, entrambi in K. BUNGE ET AL. (a cura di), *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, frommann holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt: 2011.

la vita umana deve essere vissuta. Pertanto, se Vitoria e Soto collegano il diritto all'agire morale, la loro peculiare enfasi sullo *ius gentium* indica che tuttavia mantengono la disuguaglianza che per Villey era l'ineluttabile conseguenza del *droit*. In effetti, la sua insistenza sul fatto che il *droit* sia un prodotto di una «quasi-*division des choses*» lo avvicina, sotto questo aspetto, ai teologi che lui considerava detrattori del pensiero tomistico⁶¹.

È vero che lo stesso *ius gentium* lascia alcune cose in comune perché ne beneficino gli esseri umani: il minimo di cui un individuo ha bisogno per sopravvivere; le strade, i mari e gli spazi pubblici di cui ha bisogno per viaggiare al fine di mendicare, o di fare scambi commerciali, o di trovare una casa in un altro luogo. Si potrebbe essere tentati di considerare questi dei diritti umani, almeno in senso minimalista, ma, come ho suggerito in precedenza, non solo è diversa la concettualizzazione teorica, lo è anche l'immaginazione morale e politica dietro di essi, un'immaginazione molto diversa dalla nostra. Questi diritti, che a noi sembrano svolgere parte del lavoro che ci aspettiamo svolgano i diritti umani, coesistono *all'interno della stessa teoria giuridica* insieme a legittimazioni di azioni che considereremmo in assoluta violazione di qualsiasi nozione di diritto umano. Soto, così attento ai diritti dei mendicanti, vede tuttavia l'impiccagione dei ladri e il rogo degli eretici come atti perfettamente giustificabili⁶². L'idea di Vitoria su ciò che è concesso fare in guerra è orribile⁶³. Il nostro compito è quello di comprendere quella coesistenza, non di ignorarla. Non possiamo semplicemente selezionare uno ad uno questo tipo di diritti per poi sostenere che la sostanza dell'uno o dell'altro era già "lì", in uno o in un altro autore del passato, qualunque altra cosa possa aver affermato⁶⁴. I

⁶¹ M. VILLEY, *Le droit et droits de l'homme*, cit., p. 96, enfasi mia.

⁶² D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, cit., Lib. I, q. 5, a. 2: «per la legge naturale non era una virtù uccidere un ladro o un eretico, perché la legge naturale dettava solo che essi devono essere puniti; ma la legge umana ha reso la loro uccisione una virtù».

⁶³ Cfr. la terza domanda di Vitoria, «Cosa è permesso fare in una guerra giusta», in F. DE VITORIA, *Political Writings*, cit., pp. 314-25.

⁶⁴ Per una critica sulla sola sostanza quale base per una storia dei diritti umani, cfr. S. MOYN, *Substance, Scale and Salience: the Recent Historiography of Human Rights*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, 8, 2012,

“diritti umani” non sono semplicemente un agglomerato di diritti separati, rappresentano un programma, un atteggiamento, integrato nella nostra immaginazione e sensibilità culturale e politica, come insiste giustamente Lynn Hunt (sia che concordiamo o meno con il suo arco temporale)⁶⁵. Non abbiamo niente da guadagnare, e tutto da perdere, nel tradurre nel linguaggio dei diritti umani il pensiero di Tommaso d’Aquino, o quello di un tomista premoderno, o più in generale quello di un giu-snaturalista premoderno. Non si tratta solo di un errore storico, ma anche di un vicolo cieco filosofico: perché colmando il divario, perdiamo esattamente ciò che di più suggestivo potrebbe esserci per il nostro ragionamento su questo argomento.

123-40; per le virgolette attorno a “li”, Quentin Skinner, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, in *History and Theory*, 8, 1969, p. 12.

⁶⁵ L. HUNT, *Inventing Human Rights*, Norton, New York: 2007, introduzione, pp. 26-31 e cap. 1.

I DIRITTI UMANI E LA CRISI DEL LIBERALISMO *

di *Samuel Moyn*

Sommario:

1. Perché il liberalismo ha marginalizzato i diritti umani. – 2. Come i liberali hanno adottato i diritti umani: ritorno all'ordine e oltre l'impero. – 3. Scienze politiche contemporanee e diritti umani. – 4. Conclusione.

Le persone spesso considerano i diritti umani un concetto liberale. Se così fosse, la conseguenza logica sarebbe che le critiche ai diritti umani dovrebbero basarsi su un rifiuto dello stesso concetto di liberalismo. Eppure, per quanto comprendano storicamente delle norme liberali, i diritti umani rappresentano solo uno dei progetti liberali nella storia; peraltro, uno piuttosto recente. In questo saggio, voglio mostrare alcune delle ragioni per le quali non è opportuno rispondere alle critiche sulle attuali agende sui diritti umani affermando che questi programmi sono una semplice manifestazione di liberalismo, e che quindi chi vi si oppone è un suo avversario e sicuramente ne rifiuta gli orizzonti normativi ormai stabiliti da molto tempo¹. In effetti, è il contrario ad avvicinarsi maggiormente alla realtà. Non è necessario essere “radicali” per non essere soddisfatti delle scarse ambizio-

* Trad. it. di Ferdinando Cecot, di S. MOYN, *Human Rights and the Crisis of Liberalism*, in S. HOPGOOD-J. SNYDER-L. VINJAMURI (a cura di), *Human Rights Futures*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 261-282.

¹ Per una panoramica completa sui diritti umani come visione liberale delle questioni mondiali, cfr. J. CARVET-E. KACZYNSKA-Nay, *The Liberal Project and Human Rights: The Theory and Practice of New World Order*, Cambridge University Press, Cambridge 2008) e C. REUS-SMIT, *Individual Rights and the Making of the International System*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

ni e dei minimi risultati ottenuti dai movimenti e dai programmi sui diritti umani al giorno d'oggi. Basta essere liberali.

In teoria e in pratica, il movimento contemporaneo dei diritti umani esiste a causa di una brusca e recente rottura con la maggior parte delle tradizioni liberali di pensiero e di comportamento della storia moderna. Se i movimenti e i programmi sui diritti umani oggi conservano alcuni ideali liberali fondamentali (come quelli delle libertà civili e politiche elencate nella prima parte della *Dichiarazione universale dei diritti umani*), essi sono solo una timida imitazione del liberalismo quale progetto politico della storia mondiale. Se ciò è vero, allora il concetto di "liberalismo" diventa più un'arma per criticare i diritti umani contemporanei e considerarli un tragico fallimento dell'ambizione iniziale, specialmente in campo socioeconomico, piuttosto che uno scudo del movimento contro le crescenti critiche.

Il principale vantaggio che i diritti umani contemporanei offrono rispetto al liberalismo passato non è, come sostengono in molti, che i primi abbiano un'aspirazione globale, mentre il secondo era generalmente statalista. Piuttosto è rappresentato dal fatto che i liberali hanno di recente abbandonato l'attaccamento all'imperialismo, cosa che a lungo ha caratterizzato la loro politica estera più diffusa: l'obiettivo principale fino a poco tempo fa era quello di esportare la libertà e l'uguaglianza all'estero per contrastare il despotismo e l'indigenza. Dal punto di vista funzionale, i diritti umani sono post-imperialisti. Ma sono sprovvisti di organismi e programmi corrispettivi da sostituire all'abbandono dell'imperialismo. Il problema, in altre parole, è che ai sostenitori dei diritti umani manca un progetto altrettanto ambizioso, e invece optano per un approccio minimalista di diritti politici e civili.

Nessun liberale avrebbe acconsentito a questa restrizione e regressione prima della metà del XX secolo, quando il duplice spettro del totalitarismo e della decolonizzazione portò all'elaborazione di uno scarno e minimalista "liberalismo della paura" legato alla sorveglianza sui più terribili sintomi del malgoverno, organizzando le politiche internazionali attorno ad un *summum malum* e soprattutto attorno all'orrore dell'atrocità. La drastica riduzione dell'ambizione del liberalismo conseguente alla nascita di una politica estera volta alla promozione dei diritti umani lo riportò verso quei valori che i suoi fondatori,

beatificati in ritardo, Thomas Hobbes e John Locke, un tempo consacravano per la sola politica interna. Lo facevano nella convinzione che l'unico obiettivo plausibile della politica nel mondo fosse quello di difendere l'ordine, forse insieme a quello di proteggere le libertà (e proprietà) personali, invece di costruire la libertà sociale. Abbassando così tanto le mire, i liberali contemporanei hanno disimparato lezioni fondamentali, che un tempo valorizzavano, sulla necessità di discutere e migliorare il liberalismo nel corso della storia moderna. Si sono allontanati dalla loro stessa tradizione, ridimensionandola. Ne consegue che se i sostenitori dei diritti umani fossero dovuti rimanere fedeli all'intera tradizione liberale e assumersi il rischio di cercare di concepire la libertà globale attraverso mezzi nuovi e post-imperialisti, avrebbero dovuto abbandonare il loro impegno esclusivo verso una base minima di protezione, solitamente perseguita con risolutezza. Avrebbero potuto persino dover marginalizzare i diritti individuali, come hanno fatto storicamente i liberali in politica interna.

Nel ricordare cosa è stato il liberalismo, e come il movimento contemporaneo internazionale dei diritti umani si allontani da esso, questo capitolo offre anche alcune riflessioni critiche sulle scienze politiche contemporanee. I politologi di oggi, con le loro tendenze empiristiche, si occupano di diritti umani più per ragioni di superiorità disciplinare e meno per ragioni di interesse extra-disciplinare. Un estraneo potrebbe osservare i dibattiti sui diritti umani nelle scienze politiche contemporanee, soprattutto nelle relazioni internazionali, e provare un grande senso di tristezza. I diritti umani sono prevalentemente finiti in pasto a problemi disciplinari precedenti, come la battaglia costruttivista al "realismo" o l'insistenza esclusiva sui metodi quantitativi. Quando i politologi si occupano di diritti umani tendono a preoccuparsi principalmente del futuro della propria disciplina, ricorrendo al pretesto di discutere di risvolti globali futuri. La cosa paradossale è che non riescono nemmeno a coinvolgere i loro colleghi di dipartimento, perché solo la teoria politica può fornire la prospettiva storica e concettuale per ripensare l'agenda programmatica del liberalismo in epoca post-imperiale.

I politologi tradizionali che sono andati oltre l'atteggiamento, un tempo sprezzante, della disciplina verso i diritti umani, come Beth Simmons o Kathryn Sikkink, sembrano pensare che,

se riuscissero a dimostrare quantitativamente che il diritto e i movimenti dei diritti umani hanno reso il mondo un posto migliore (anche solo marginalmente), avrebbero spezzato una lancia in favore del liberalismo, valida anche al di là dei confini delle scienze politiche. Non riuscendo a coinvolgere la teoria politica, tuttavia, questi politologi hanno solitamente aggirato la definizione di cosa esattamente sia e sia stato il liberalismo e il motivo per cui i diritti umani non sono all'altezza delle migliori ambizioni liberali che il mondo ha conosciuto. Tra queste vi sono non solo i valori che i politologi contemporanei considerano rivali dei diritti umani, come la pace sociale, ma anche l'esaltazione della diversità etica globale e l'ambizione di unire la protezione individuale alla crescita economica e all'uguaglianza distributiva.

È errato rivendicare il liberalismo per i diritti umani nella loro forma attuale, come se chi si preoccupa di altri valori non sia ugualmente, se non addirittura più, liberale nei propri impegni. Un corollario è che sarebbe molto meglio per i politologi iniziare *intra moenia*, con un maggior coinvolgimento della teoria, se il sostegno che intendono offrire al movimento sui diritti umani è quello di essere più convincenti di quanto siano stati finora. Soprattutto, la teoria politica può ricordare agli esperti di relazioni internazionali le grandi aspirazioni che i liberali hanno nutrito nella storia moderna, prima che una serie di eventi catastrofici ridimensionasse l'attenzione degli studiosi di oggi unicamente verso la tutela dei diritti umani.

1. Perché il liberalismo ha marginalizzato i diritti umani

Come tutte le tradizioni, anche il liberalismo è un'invenzione. Duncan Bell ha di recente dimostrato che non esiste alcun nucleo storicamente stabile di "liberalismo", nonostante i tentativi di una serie di filosofi di individuarlo; e, se anche ci fosse, sarebbe molto meglio parlare genealogicamente di un concetto costantemente in evoluzione e messo sempre in discussione, che cambia il suo passato modificando i suoi impegni presenti². Con

²D. BELL, *What Is Liberalism?*, in *Political Theory*, 42, 6, 2014, pp. 682-

questa consapevolezza, lo storico dei diritti umani può notare che non è mai stata stabilita la posizione del concetto all'interno della più grande e mutevole costellazione di valori liberali. E che non è nemmeno appropriato supporre che una volta definito un ruolo fondamentale per i diritti, forse da John Locke, il dado sia tratto per il nostro futuro. Questo approccio non solo presuppone erroneamente che innanzitutto Locke difendesse il liberalismo, quando quest'ultimo è in effetti una categoria del XIX secolo poi rivista sostanzialmente nel XX secolo, ma sottovaluta anche quanta innovazione radicale sarebbe necessaria per assicurare anche in seguito la centralità dei diritti negli affari internazionali.

È vero, ovviamente, che Locke ha integrato il pensiero di Hobbes mettendo molto più del diritto alla vita prima del potere politico e insistendo sulla defettibilità della scelta del sovrano. Ma come mostra Bell, Locke non è mai stato considerato un liberale fino alla rielaborazione del liberalismo nel XX secolo, quando divenne fondamentale considerare cruciali una serie di diritti contro lo Stato per fronteggiare un nemico totalitario. Anche allora, tuttavia, la politica estera del liberalismo interno non comprendeva ancora i diritti umani internazionali e nessuno sosteneva che fosse immaginabile o desiderabile esportare la teoria dei diritti di Locke negli affari internazionali, rimanendo, in questo senso, totalmente fedeli agli stessi testi di Locke. Dopotutto, Locke riservava i "diritti naturali" ai territori delimitati in cui dovevano governare principi sovrani. Attribuiva al potere esecutivo un'estesa legittimazione o "prerogativa" ad agire con prudenza nel pericoloso mondo degli affari internazionali; per usare il linguaggio del XX secolo, Locke era un realista³.

715. E. FAWCETT, *Liberalism: The Life of an Idea*, Princeton University Press, Princeton 2014, giunge ad alcune delle stesse conclusioni in un modo teoricamente meno preciso ma più accessibile, pur lasciando sfortunatamente da parte l'impero. Tuttavia, Fawcett scrive che per comprendere il liberalismo, «è sbagliato partire dal liberalismo» (p. 4; cfr. anche cap. 11 sui diritti quali «nuove fondamenta» per il liberalismo).

³ Per la sua teoria della guerra e della pace e la giustificazione testuale delle affermazioni presenti in questo capitolo, cfr. il mio *John Locke on Intervention, Uncertainty, and Insurgency*, in S. RECCHIA-J. WELSH (a cura di), *Just and Unjust Military Intervention: European Thinkers from Vitoria to Mill*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 113-131.

In questo caso, ne consegue che realizzare il passaggio deduttivo da diritti all'interno del paese a diritti come principio fondamentale dell'ordine internazionale rappresentava un divario da colmare più che un ponte da attraversare. Ma anche inquadrando il problema in maniera così modesta, si tralascia il fatto di quanto fosse incerta e instabile la posizione che i liberali – una volta accertato che esistessero anche nel XIX secolo – attribuivano ai diritti umani anche a livello di politica interna, che a sua volta implicava forti ripercussioni su quali politiche internazionali potevano in primis corrispondere alla definizione di “liberale”.

Ovviamente, non c'è dubbio, come hanno evidenziato molti storici, che le dottrine giusnaturalistiche della fine del XVIII secolo popolari tra i paesi nordatlantici comprendevano appelli ai diritti umani fondamentali. (Esiste un lungo dibattito sull'origine e i significati di questi appelli, anche se nessuno pensa che per una vasta schiera di intellettuali illuministi abbiano avuto una portata mondiale dal punto di vista istituzionale)⁴. Nonostante gli sforzi, gli storici dell'epoca non hanno individuato un gran numero di passaggi deduttivi da principi morali astratti al tipo di programmi istituzionali che i politologi associano ora ai diritti umani. Scrivendo ancora sotto l'influsso della dottrina giusnaturalistica del XVII secolo, Immanuel Kant insisteva sul fatto che «il diritto degli uomini» è «la cosa più sacra che ha Dio sulla Terra». Ma con questo intendeva riferirsi ai principi ordinatori della politica interna. Egli vietava l'intervento oltre confine e tollerava persino l'autarchia negli stati dell'Asia orientale, soprattutto perché il suo raro e crescente odio per il colonialismo annullava ogni concessione che avrebbe altrimenti potuto fare verso la politica contemporanea dei diritti umani⁵. Come Loc-

⁴L. HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, W.W. Norton, New York 2007; cfr. anche K.E. TUNSTALL (a cura di), *Self-Evident Truths?: Human Rights and the Enlightenment*, Continuum, New York 2012.

⁵Come molti dei primi liberali, compreso Edmund Burke (ora considerato abitualmente un intellettuale liberale), Kant aveva un sano attaccamento verso la diversità culturale, nonostante questo attaccamento sia scomparso progressivamente dalla tradizione liberale fino ad occupare una posizione periferica al giorno d'oggi. Cfr. ad es. S. MUTHU, *Enlightenment against Empire*, Princeton University Press, Princeton 2003.

ke, Kant definiva l'etica internazionale in termini di relazione tra gli stati in un modo che oggi verrebbe considerato profondamente tradizionale, se non addirittura realista. Limitava la sua categoria, ora molto discussa, di «diritto cosmopolitico» al permesso degli stranieri di presentarsi ai confini di uno Stato al fine di compiere scambi commerciali, senza diritto di entrare se non erano desiderati. È possibile che Kant credesse in un diritto sussidiario di ingresso per coloro che legittimamente temevano di subire violenze nel caso fossero stati respinti – in sostanza il principio di *non-refoulement* (il divieto di respingimento) del diritto dei rifugiati del XX secolo – ma si limitava a questo. Per il resto, Kant rifiutava per principio di elevare «la cosa più sacra che ha Dio sulla Terra» all'effettivo ordine globale⁶.

Tuttavia, non è che i presupposti interni dei liberali fossero statici mentre la loro politica estera mutava. Semmai, le loro trasformazioni hanno sempre più rimescolato le carte a discapito dei diritti umani. Il candidato ideale per il ruolo di un liberale che insisteva sull'idea dei diritti umani quale limite dell'attività sovrana nel contesto nazionale era il liberale francese dei primi del XIX secolo, Benjamin Constant, ma anche lui era sempre più impegnato in una maniera storicistica di pensare all'evoluzione della società politica che rendeva inconcepibile fare appello alle norme prepolitiche sui diritti naturali. Dei liberali classici del XIX secolo, né John Stuart Mill, né Alexis de Tocqueville, né nessun altro rese centrali o fondamentali i diritti naturali o i diritti umani. In effetti, una delle ragioni dell'assenza per molto tempo di John Locke dal modello autodefinito dei liberali era che il suo interesse obsoleto verso l'inconcepibile stato di natura rendeva il suo pensiero sorpassato e inservibile durante la definizione delle visioni liberali – anche se, per quanto riguardava gli affari internazionali, Locke era un imperialista tanto quanto la maggior parte degli intellettuali liberali del XIX secolo.

⁶ I. KANT, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano 1991, p. 58. Per l'ultimo commento, cfr. P. KLEINGELD, *Kant and Cosmopolitanism: The Philosophical Principles of World Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge 2012 e, in modo più preciso e storico, le sezioni pertinenti di I. NAKHIMOVSKY, *The Closed Commercial State: Perpetual Peace and Commercial Society from Rousseau to Fichte*, Princeton University Press, Princeton 2012.

La serie di affannati impegni che i liberali assunsero per lungo tempo convogliò in un programma di quello che si potrebbe definire “buon governo”, con l’obiettivo comune di superare un arbitrario regime dispotico. A causa di questo obiettivo (se generale) fondamentale che ha unito i liberali nonostante tutte le loro diversità, un programma adottato in precedenza dagli aristocratici durante la loro resistenza contro l’assolutismo, il liberalismo ha avuto una relazione continuamente precaria con la democrazia. (Ricordiamo che quest’ultima è sempre stata vista nella storia del pensiero politico, a partire dalla *Repubblica* di Platone e dalla *Politica* di Aristotele, come destinata a sprofondare verso un’oclocrazia leggermente migliore di una dittatura). Locke era un monarchico, e anche quando i liberali del XIX secolo rinunciarono mestamente alla monarchia, sapevano che la cosa più importante era cercare delle tecniche di buon governo progettate per raggiungere un potere illuminato (personaggi come Mill e Tocqueville erano profondamente in disaccordo su quali fossero queste tecniche). Fondamentalmente, questa enfasi sui limiti governativi non significava che i liberali fossero libertari, né per gli impegni verso i diritti naturali né per qualunque altro aspetto. Al contrario, i liberali hanno sempre visto lo Stato come uno strumento indispensabile per scongiurare l’alternativa peggiore delle libertà senza freni della società civile, pertanto erano determinati nel cercare il giusto equilibrio tra la capacizzazione e la limitazione del governo⁷. Per quanto riguarda i liberali più convinti, consideravano la società come una costruzione in continua evoluzione storica, i cui risultati erano stati ottenuti a livello di norme sociali invece che solo attraverso una politica governativa superficiale, in modo che storia e cultura fossero sedi di dibattito politico molto più centrali delle decisioni legali o amministrative.

Il fatto più sorprendente di una qualsiasi indagine sulla posizione dei diritti all’interno del pensiero liberale in tempi moderni consiste, in effetti, nel loro eziolamento all’interno del dibattito domestico. Se i diritti umani infatti non hanno mai su-

⁷ L’impegno dei liberali con gli Stati che svolgono le funzioni fondamentali in maniera efficiente è un tema specifico di S. HOLMES, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago 1995.

perato gli stati-nazione per diffondersi negli affari internazionali – tranne l'inconsueta invocazione della libertà religiosa nella stigmatizzazione del malgoverno ottomano –, essi sbiadiscono anche all'interno degli stati come principi liberali fondamentali, al punto da non riuscire sin dall'inizio ad affermarvisi. Una prospettiva sociologica mai assente dalla tradizione liberale ha guadagnato sempre più terreno. Il motivo principale in questo senso, probabilmente, è stato la semplice esperienza della politica di cittadinanza. Uno esprime la sua versione e la sua interpretazione dei diritti che detta la natura, io esprimo le mie, ma se io e lui siamo in disaccordo, non c'è altra scelta che negoziare (o lottare). Nella politica reale, i diritti sono solo un nome elegante per quelle politiche la cui adozione dipende in ultima analisi dal consenso o dalla forza. Non c'è da stupirsi, come ha osservato Hannah Arendt, che i diritti siano considerati «una specie di cenerentola del pensiero politico del XIX secolo»⁸. Ma i liberali avevano un motivo più profondo della convenienza e della strategia – per cui le rivendicazioni dei diritti umani erano tutt'al più una fase preliminare da negoziare o forzare in politica – per rinunciare all'interesse nei loro confronti. Con il passare del tempo, i liberali iniziarono a credere soprattutto nella storia e nel progresso, cosa che rese inverosimile, e non solamente inefficace, qualsiasi appello all'insieme extrasociale e non temporizzato di norme applicabili.

Seguendo il suo maestro G.W.F. Hegel, il liberale italiano Benedetto Croce, riflettendo sul progetto della *Dichiarazione universale* delle Nazioni Unite negli anni Quaranta, esprimeva alla perfezione questo concetto affermando che «i diritti dell'uomo nella storia» erano ciò che i liberali potevano fare di un linguaggio altrimenti obsoleto: i diritti umani erano semplicemente l'insieme delle norme di cittadinanza da sostenere per il momento, in una società politica in costante evoluzione e progresso, creata all'interno e per mezzo di ogni Stato⁹. Nelle loro disparate varianti nazionali, i cosiddetti “nuovi liberali” (*new liberals*) d'ol-

⁸ H. ARENDT, *Le Origini del totalitarismo* (1963), Edizioni di Comunità, Milano 1996, p. 409.

⁹ B. CROCE, *The Rights of Man in History*, in J. MARITAIN ET AL., *Human Rights: Comments and Interpretations*, Columbia University Press, New York 1948, pp. 81-5.

treoceano al sorgere del XX secolo si spinsero fino al punto di rifiutare completamente i diritti umani. Non solo, come avevano fatto Hegel e Tocqueville, li collocavano all'interno di un più grande e più complesso quadro di realizzazione della libertà liberale individuale e collettiva. Avevano delle motivazioni valide: verso la fine del XIX secolo, il successo dei sostenitori della libera impresa nella difesa libertaria della proprietà privata contro l'espropriazione da parte dello Stato indicava che il progresso richiedeva la decostruzione piuttosto che la promozione del dibattito sui diritti. Nella politica interna dei paesi nordatlantici, i diritti erano stati derisi dai riformatori come una metafisica ostruzionista e improbabile già a partire da Jeremy Bentham, ma ora sotto l'influenza hegeliana di personaggi come T.H. Green e di progressisti sociologicamente ispirati come Léon Duguit, i nuovi liberali si sono stretti attorno alla libertà collettiva quale obiettivo delle società progressiste che attraversano la modernizzazione storica¹⁰. Questa comprendeva anche la libertà individuale, ovviamente, ma non la trattava come indipendentemente disponibile o teoricamente prioritaria rispetto al bene comune delle società interdipendenti.

Dopo Kant, anche i diritti non hanno fatto alcun progresso nelle politiche estere liberali. Non è soltanto per il fatto che il liberalismo è sempre stato statalista (e tipicamente imperialista) fino ad arrivare all'esclusione di qualunque cosa simile ai diritti umani internazionali. Il principale progetto storico del liberalismo in relazione ai cristiani bianchi che soffrivano sotto il giogo dell'impero sbagliato era un nazionalismo modulare. Specialmente in relazione all'Impero ottomano, ma anche ad altri imperi vacillanti, gli stati europei occidentali – seguiti poi dal popolo americano – erano spesso disposti a sostenere i movimenti nazionali del XIX secolo anche quando ciò prevedeva un'interferenza con l'integrità dei confini. Un nazionalista liberale del

¹⁰ Cfr. ad es. la discussione critica sulla teoria dei diritti naturali, considerati un errore superato, in L.T. HOBHOUSE, *Liberalism and Other Writings*, a cura di J. Meadowcroft, Cambridge University Press, Cambridge 1994, cap. 3. Per il punto d'incontro fondamentale tra liberalismo e sociologia nel nuovo liberalismo, cfr. S. COLLINI, *Liberalism and Sociology: L.T. Hobhouse and Political Argument in England, 1880-1914*, Cambridge University Press, Cambridge 1979.

XIX secolo come l'italiano Giuseppe Mazzini era un eroe esemplare. Nonostante il tentativo di compiere un primo passo verso la liberazione di tutti i popoli, l'unificazione dell'umanità rimaneva un sogno lontano. Effettivamente, l'unione della nazione vicina con un successivo sistema di governo globale escludeva qualsiasi cosa simile ai diritti umani internazionali per una nuova ragione. Poiché liberali come Kant e Mazzini avevano a lungo presupposto che le nazioni emancipate non avrebbero avuto bisogno di una supervisione esterna, se mai fosse avvenuta l'unificazione cosmopolita dell'umanità, sarebbe stata sotto forma di un superstato o di una grande federazione. Non sarebbe somigliata alla nostra «società anarchica» negli affari internazionali e pertanto non avrebbe presentato gli stessi dibattiti sulla sovranità e sulla sua abrogazione che hanno visto i giorni nostri¹¹.

Dunque, l'avanguardia della storia progressista per i liberali è stata l'affermarsi del potere delle nazioni bianche sul globo per il bene delle riforme, grazie alla liberazione di quelle nazioni che potevano governarsi da sé insieme alla vittoria di progetti imperiali su quei popoli non pronti, con governi piuttosto assetati di potere, che a malapena migliorarono rispetto al malgoverno nativo. Nei limiti entro cui esisteva il cosiddetto «internazionalismo liberale» nel XIX secolo, questo era nazionalista nella misura in cui non era imperialista: si concentrava sulla liberazione dei bianchi dagli imperi ostili (specialmente l'Impero ottomano al tempo della questione d'Oriente). Quando non sono falsate dal senno di poi, le prime richieste di «interventi umanitari», a partire dall'orrore filellenico verso i musulmani che governavano sui cristiani, si inseriscono perfettamente in quest'ottica¹². Ovviamente, nella maggior parte dei luoghi non era immaginabile nessun tipo di liberazione, il che significava di solito che non erano coinvolte persone bianche, autoctone o importate che fossero. Quindi l'attenzione maggiore ricadde sulla sostituzione

¹¹ Per approfondimenti, cfr. il mio *Giuseppe Mazzini in (and against) the History of Human Rights*, in M.H.-TUOMUSAARI-P. SLOTTE (a cura di), *Revisiting the History of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, pp. 119-39.

¹² Cfr. G.J. BASS, *Freedom's Battle: The Origins of Humanitarian Intervention*, A.A. Knopf, New York 2008.

degli imperi cattivi con imperi buoni come la Gran Bretagna, seguita poi dagli Stati Uniti che accolsero con cautela il proprio ruolo di “impero della libertà” in paesi come Cuba o le Filippine, dove la dominazione spagnola si era dimostrata di per sé insufficiente o vacillante.

Nella prospettiva di questo *status quo ante*, la sorprendente crescita dei diritti umani internazionali all'interno del liberalismo poteva solamente assumere la forma di una sostituzione di precedenti e fino ad allora più durevoli sistemi nazionalisti e imperialisti, una sostituzione avvenuta nel giro di qualche decennio¹³. Nel lungo periodo durante il quale nessuno pensava di esportare i “diritti umani” negli affari internazionali, ciò che governava la riflessione sulla libertà sociale che i liberali volevano portare nel mondo erano quei generici presupposti sociologici a cui gli stessi liberali facevano ricorso per comprendere il loro posto all'interno della storia nazionale nel proprio paese. Quest'ultimo aspetto era semplicemente molto lontano dal primo, che fungeva da punto di riferimento per tutti, ad eccezione del caso (purtroppo frequente) in cui i liberali credevano ai sempre più convincenti presupposti razzisti che facevano sembrare la libertà globale non solamente distante ma addirittura impossibile da raggiungere. È in parte per questa ragione che i liberali livello mondiale scommettevano così tanto sulla “civiltà” come su una forza che, avendo portato gli europei fuori dalle tenebre, avrebbe potuto fare alla fine lo stesso con i “barbari” del mondo grazie al governo imperiale. In effetti, la dedizione verso la sociologia era raddoppiata quando nella lunga epoca imperiale il progresso non riusciva a concretizzarsi velocemente come avevano sperato inizialmente Mill e gli altri¹⁴.

Riconsideriamo da questo punto di vista un episodio spesso falsamente posto al centro della “storia dei diritti umani”: l'ascesa e la caduta del Congo di Re Leopoldo (1885-1908). In un ce-

¹³ Per una rassegna approfondita sulla principale letteratura recente, che purtroppo non ha affrontato l'epoca di trasformazione della decolonizzazione, cfr. J. PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism: An Appendix*, in S. MUTHU (a cura di), *Empire and Modern Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 351-87.

¹⁴ Questa è la lezione di K. MANTENA, *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Imperialism*, Princeton University Press, Princeton 2010.

lebre bestseller, il giornalista Adam Hochschild ha raccontato, com'è noto, l'incredibile terrore che Leopoldo portò nella sua colonia privata, e come questo finì grazie a una mobilitazione empatica che Hochschild non esita a definire come il primo grande movimento sui diritti umani del XX secolo¹⁵. Ad uno sguardo più attento, tuttavia, si nota che si trattava davvero di una storia di liberalismo e di impero, piuttosto che di diritti umani internazionali. Le negoziazioni, che innanzitutto assegnarono il Congo a Leopoldo nel 1885, avvennero sulla base di motivi profondamente liberali: la Conferenza di Berlino, dove venne firmato il corrispettivo accordo, dichiarava l'obiettivo di istruire gli autoctoni e portare a casa loro i benefici della civilizzazione¹⁶. Personaggi come E.D. Morel, idolatrati da Hochschild quali attivisti dei diritti umani del loro tempo (e comprensibilmente, vista la loro costante denuncia degli orribili abusi che seguirono), non vedevano alternativa se non quella di riassegnare il Congo a un altro impero, preferibilmente quello britannico, trattandosi di un amministratore più consono. (Hochschild confessa questo fatto decisivo in modo piuttosto timido)¹⁷. Alla fine il Congo venne trasferito sotto il dominio dello Stato belga in quanto amministratore fiduciario adatto per la civilizzazione in un futuro indefinito e la risposta fu quella di sostituire l'atroce governo di Leopoldo con un regime di lavori forzati che non avrebbe destato lo stesso attento controllo internazionale, essendo più al passo con gli standard del tempo. Dato che i congolesi trasferiti dal dominio personale di Leopoldo sotto la sovranità

¹⁵ A. HOCHSCHILD, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror and Heroism in Colonial Africa*, Houghton Mifflin, New York 1998, p. 2.

¹⁶ Atto Generale della Conferenza di Berlino dell'Africa Occidentale, 26 Febbraio 1885.

¹⁷ Scrive Hochschild che i filantropi non si sono mai considerati in conflitto con il progetto imperiale, purché si trattasse dell'Impero britannico. Morel si trovava a suo agio in questa tradizione e, se avesse pensato, come oggi concluderemmo, che la devastazione del Congo ad opera di Leopoldo non era che la conseguenza logica della stessa idea di imperialismo, per cui non c'è nulla di sbagliato nel fatto che un popolo sia governato da altri e non dai suoi abitanti, egli sarebbe stato certamente emarginato e alla sua opera non sarebbe stata prestata l'attenzione che ha avuto in Inghilterra (A. HOCHSCHILD, *King Leopold's Ghost*, cit., p. 212).

belga erano “selvaggi” neri, mai nessuno, liberale o meno che fosse, mise in discussione che potesse essere concesso loro un governo autonomo. Anzi, il rimedio ovvio era quello di trovare il giusto impero bianco che da solo potesse donare loro – come in teoria stava facendo con il mondo intero – un progresso liberale¹⁸.

Lo scopo di questo breve esempio non è quello di denigrare il liberalismo: era figlio del proprio tempo, come chiunque o qualunque altra cosa. Lo scopo, invece, è quello di chiarire che anche nella misura in cui l’impegno nella lotta transnazionale contro terribili sofferenze si è data tra i liberali prima della nostra epoca, questa mirava a cercare un buon impero a cui assegnare popoli arretrati e la correzione di eventuali assegnazioni sbagliate. Il confronto con una politologa liberale contemporanea, come Beth Simmons, è in questa prospettiva particolarmente ben servito: quando pensa ai diritti umani, la Simmons si augura che essi possano fungere da potente strumento per

¹⁸ Si confronti l’analisi di Jack Snyder sulla letteratura antischiavista in J. SNYDER, *Empowering Rights Through Mass Movements, Religion, and Reform Parties*, in S. HOPGOOD-J. SNYDER-L. VINJAMURI (a cura di), *Human Rights Futures*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 88-113. È fondamentale non confondere il problema distinto della mobilitazione contro la schiavitù all’interno dell’Impero britannico con la successiva lotta dell’impero contro la schiavitù mondiale, i crimini di altri Stati e imperi. Nella prima circostanza, la morale era stata avvantaggiata dalla perdita delle colonie americane e poteva riscuotere un successo abbastanza rapido, mentre l’idea di un “impero senza schiavi” controbilanciava la sconfitta politica. Nella seconda circostanza, la moralità era importante nell’atmosfera geopolitica dell’ordine e delle rivalità imperiali, dato che l’impero senza schiavi aveva nuove ragioni morali per una sedicente preminenza. Seppur comunque diversamente, nessun periodo rese il linguaggio ideologico dei diritti centrale all’antischiavismo. I due studi più importanti per riflettere su questi problemi sono C.L. BROWN, *Empire without Slaves: British Concepts of Emancipation in the Age of Revolution*, in *William and Mary Quarterly*, 56, 2, 1999, pp. 273-306 e L. BENTON, *Abolition and Imperial Law, 1790-1820*, in *Journal of Imperial and Commonwealth History*, 39, 3, 2011, pp. 355-74. Snyder non riesce nemmeno a misurarsi con le ragioni per cui gli attuali movimenti sui diritti umani rifiutano minimalisticamente di occuparsi di programmi più ampi come l’imperialismo (che io considero centrale nel liberalismo fino a poco tempo fa) e la promozione democratica, che i neoconservatori hanno fatto propria (almeno da un punto di vista retorico) negli ultimi decenni di politica americana.

tutti i popoli del mondo per stabilire le condizioni dei loro governi autonomi e della loro autoemancipazione attraverso il meccanismo non imperialista di un diritto internazionale che tutti i popoli facciano proprio. Il contrasto suggerisce che nel frattempo è avvenuto qualcosa di drastico¹⁹. E, in effetti, è su questa drastica trasformazione che bisogna porre l'enfasi: cosa sia successo al liberalismo, inaspettatamente, di recente, da renderlo irriconoscibile.

2. Come i liberali hanno adottato i diritti umani: ritorno all'ordine e oltre l'impero

Questo era allora. Oggi il liberalismo comprende i diritti in maniera più significativa che mai, avendo attraversato una «rivoluzione dei diritti» sia nel pensiero sia nella realtà e avendo identificato i diritti umani internazionali come una strategia da perseguire²⁰. «La storia del liberalismo ... è una storia di continue riscoperte», osserva Bell.

La più radicale di queste riscoperte è avvenuta a metà del XX secolo, quando il liberalismo veniva considerato sempre più come l'ideologia dominante dell'Occidente, le sue origini venivano proiettate all'indietro fino agli inizi dell'età moderna ed esso passò a identificare praticamente sia tutte le forme di politica non totalitaria, sia una prospettiva partitica all'interno delle società²¹.

¹⁹ Il diritto dei diritti umani, insiste Simmons, è «direttamente disponibile a gruppi e individui che io considero agenti attivi, parte di una strategia politica di mobilitazione per elaborare e rivendicare la loro stessa liberazione» (enfasi in originale). Nessun liberale del XIX secolo si sarebbe preoccupato che le proprie strategie potessero stabilire valori, dato che tale impostazione è esattamente ciò che i liberali consideravano essere necessario. B.A. SIMMONS, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 7.

²⁰ La «rivoluzione dei diritti» nei contesti interni deve essere distinta rigorosamente dall'assegnazione della priorità dei diritti umani negli affari internazionali, se non altro in quanto la seconda non deriva dalla prima. Cfr., ad es., C.R. EPPS, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago 1998.

²¹ D. BELL, *What Is Liberalism?*, cit., p. 705.

Nascondendo le novità delle sue trasformazioni seriali, il liberalismo ha improvvisamente fatto progressi enormi. Oggi è completamente democratico, almeno nel suo impegno sia verso un'inclusione elettorale formale, sia, più di frequente, verso costituzioni scritte volte a organizzare e limitare il potere. Soprattutto, è post-imperialista. A differenza che durante i suoi anni di gloria, il liberalismo è imprigionato nelle sue convinzioni sugli obiettivi della politica e sulle opportunità disponibili per il progresso. Il liberalismo ha attraversato due fasi fondamentali per riuscire a scegliere la centralità dei diritti umani internazionali. Una è stata la svolta antitotalitaria verso i diritti, l'altra la loro internazionalizzazione post-imperiale.

La prima, caratteristica del "liberalismo della guerra fredda", è avvenuta per far fronte a un nuovo nemico spaventoso. Benché la guerra fredda mettesse in evidenza da parte degli stati liberali un impegno verso un intervento statale e un'esplosione amministrativa maggiori di quelle che qualsiasi liberale del XIX secolo avrebbe mai tollerato e verso una redistribuzione del welfare maggiore di prima (o di sempre), lo spirito del liberalismo della guerra fredda è cambiato drasticamente. Questo per far fronte al nemico totalitario che avocava su di sé l'avanguardia del progresso morale e dell'evoluzione sociale, una volta il più grande orgoglio del liberalismo del XIX secolo. I liberali si risentivano del fatto che i marxisti avessero preso il potere sostenendo che la logica del progresso sociale fosse culminata non nel capitalismo ma nel comunismo, e, a parte l'idiosincratismo e occasionale «manifesto non comunista», i liberali non avevano una vera e propria replica a riguardo²². Al contrario, i liberali della guerra fredda, da Isaiah Berlin a Judith Shklar, proponevano una visione tetra delle questioni umane, secondo la quale ciò che un governo può raggiungere è al massimo di offrire uno spazio di libertà individuale, perlopiù contro lo stesso Stato apparentemente ipertrofico²³.

Eppure i liberali della guerra fredda non erano ancora pronti a criticare l'impero, tranne quello sovietico. In effetti, negli af-

²² Cfr. W.W. ROSTOW, *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge 1960.

²³ J.-W. MÜLLER, *Fear and Freedom: On 'Cold War Liberalism'*, in *European Journal of Political Theory*, 7, 2008, pp. 45-64.

fari internazionali, anche se i difensori teorici del liberalismo insistevano più sui limiti interni, lo stato liberale si dimostrò disposto a sfogare una violenza indicibile all'estero. Di solito erano liberali coloro che, avendo ampliato l'impero nel XIX secolo, lo difendevano strenuamente. In America, fu il Partito Democratico, più che il Partito Repubblicano, a portare il mondo verso la guerra fredda e il paese verso il pantano del Vietnam. Non ne è conseguito negli affari internazionali alcun tipo di interesse verso i diritti umani individuali, ora maggiormente centrali nelle questioni interne grazie al liberalismo della guerra fredda e alle paure di razzie dello Stato verso i propri cittadini, anche (o specialmente) quando erano i liberali al governo. Negli Stati Uniti, grandi innovazioni come il movimento per i diritti civili, che hanno riscritto il contratto sociale superando la formale sopraffazione razziale, sono state portate avanti compatibilmente con una massiccia violenza globale, rivolta principalmente contro asiatici e africani²⁴. È paradossale come i liberali contemporanei – compresi i professori della Ivy League, i cui predecessori istituzionali erano profondamente conniventi con la violenza americana durante la guerra fredda – sostengano ampiamente l'umanità del "liberalismo". Dopotutto, solo poco tempo fa, il liberalismo, compresa la specifica variante promossa dal Partito Democratico americano, era del tutto compatibile con la ricerca della libertà globale attraverso il concetto di *shock and awe* ("colpisci e terrorizza") piuttosto che attraverso il diritto e i diritti.

Alla fine, la forza antitotalitaria del liberalismo è confluita nella perdita di fiducia verso lo strumento della globalizzazione imperiale del buon governo; al suo posto sono subentrati i diritti umani. In origine, l'anticolonialismo era stato giustificato sulla base di valide motivazioni liberali, con attivisti in tutto il mondo che ricordavano che il primo Stato postcoloniale nella storia del mondo era la Repubblica americana fondata sui diritti. Seguendo le tracce di Mazzini, gli anticolonialisti sapevano che non c'era modo di separare la protezione dell'individuo dall'emancipazione della nazione, così molti agitatori giunsero al principio di "autodeterminazione collettiva" come processo di glo-

²⁴ O.A. WESTAD, *The Global Cold War: Third-World Interventions and the Making of Our Times*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

balizzazione invece che come condizione del liberalismo. In effetti, si chiedevano come i liberali, da Mazzini al suo autoproclamato erede Woodrow Wilson, ai teorici della guerra fredda, avessero costantemente limitato alla sola razza bianca un liberalismo di libertà collettiva. In tutta risposta, i sostenitori della decolonizzazione decisero semplicemente di non attendere più che la civilizzazione li rendesse migliori. A loro avviso, avevano già aspettato abbastanza.

Poiché per gli anticolonialisti di tutto il mondo la componente nazionalista del liberalismo aveva sconfitto quella imperialista, i diritti umani internazionali non facevano parte del programma. Al contrario, seguendo la versione più ambiziosa di liberalismo dei paesi nordatlantici, i nuovi stati tentarono di riprodurre in tutto il mondo lo stato-nazione che oggi definiamo welfarista. Ovviamente, è vero che l'anticolonialismo ha finito per valorizzare l'uguaglianza sovrana e la crescita economica, considerando la protezione individuale più come una priorità teorica invece che pratica. Ma, allora, i suoi sostenitori si stavano semplicemente conformando alla norma liberale globale in un'epoca in cui la crescita guidata dallo Stato sembrava essere il faro per il futuro e non esisteva nessun movimento internazionale sui diritti umani²⁵. Gli autocrati e i despoti che calpestavano la libertà nel terzo mondo erano un triste spettacolo che non corrispondeva, ovviamente, alle visioni dei liberali, i quali però spesso finivano per appoggiare questi governi in quanto rappresentavano un male minore rispetto alla minaccia comunista.

Eppure l'impegno liberale verso il progresso sociale aveva ancora più importanza, fino a quando l'impegno antitotalitario del liberalismo non avesse fatto a pezzi ogni tentativo di conservare l'ambizione imperialista in nuove circostanze. È facile dimenticare che nel corso della storia furono i liberali, non solo i comunisti, quelli che un tempo assegnarono la priorità a un cambio strutturale (anche geopolitico) e procrastinarono la prote-

²⁵ Per chiarire è importante notare come ancora nel 1971 John Rawls fosse disposto ad allentare la "priorità lessicale" della libertà (seppur non a tollerare gli errori più atroci come la schiavitù) alla luce degli imperativi di sviluppo degli stati del terzo mondo. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1971, pp. 62-3, 247-8.

zione individuale, fino a giungere alla conclusione di non avere una ricetta efficace per il primo e di rischiare in definitiva di non garantire mai la seconda. Alla fine, la causa prossima della nascita della politica internazionale dei diritti umani si ebbe quando i liberali persero la fiducia nella capacità dei loro strumenti imperialisti e post-imperialisti di civilizzare il mondo, giungendo anche alla conclusione che i loro precedenti sudditi da soli non erano all'altezza della sfida dell'autogoverno²⁶.

L'imperialismo infesta ancora il liberalismo contemporaneo in molti modi, come minimo nella sostituzione funzionale dell'impero formale con la promozione dei diritti umani: quello che fanno le persone ricche (e solitamente bianche) quando si sentono punzecchiare la coscienza dai poveri (solitamente neri) che soffrono in lontananza²⁷. Ma l'allontanamento dall'età del liberalismo e dall'impero alla fine è inevitabile. Ad esclusione del solo Niall Ferguson, a nessun liberale è consentito considerare l'impero formale parte del set di strumenti a disposizione. Eppure non hanno funzionato anche altri strumenti: le versioni della "civilizzazione" della Guerra fredda. In una certa misura, scoraggiati dal fallimento sia della crescita guidata dallo Stato nel terzo mondo sia di quello che è stato definito sviluppo "alto modernista" (*high modernist*) introdotto da agenti esterni (comprese le organizzazioni internazionali), i liberali si sono stretti intorno ai diritti umani come la forma di salvezza individualista che si sentivano di poter difendere e che poteva funzionare²⁸.

²⁶ Cfr. *Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty*, Assemblea generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 2131 (XX), 21 dicembre 1965, e il mio *Imperialism, Self-Determination, and the Rise of Human Rights*, in A. LRIYE ET AL. (a cura di), *The Human Rights Revolution: An International History*, Oxford University Press, New York 2011, pp. 159-78.

²⁷ Cfr. J. MOREFIELD, *Empires without Imperialism: Anglo-American Decline and the Politics of Deflection*, Oxford University Press, Oxford 2014, in particolare il capitolo sul pensiero di Michael Ignatieff.

²⁸ Sul *high modernism*, cfr. J.C. SCOTT, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, Yale University Press, New Haven 1998 e N. GILMAN, *Mandarins of the Future: Modernization Theory in Cold War American*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 2004.

Ciò che è più sorprendente non è la continuità tra il governo imperiale e i diritti umani, ma l'assoluta mancanza di ambizione impiegata nella sostituzione dell'uno con gli altri. In confronto ai precedenti capitoli della loro stessa tradizione, e non solamente di fronte ad avversari più ambiziosi come il comunismo, i liberali hanno fatto dei diritti umani internazionali la loro ideologia primaria e hanno reso la loro autorevole pratica un'«ultima utopia». L'insieme più minimalista di ideali e approcci – essenzialmente la ricerca dell'ordine sociale e della libertà personale nel mondo – poteva sembrare una causa ispiratrice solo alla luce e al posto della violenza della guerra fredda e del grandioso progressismo che i liberali avevano tentato in precedenza²⁹. Già allora, come osserva Stephen Hopgood³⁰, benché le basi fossero state gettate negli anni Sessanta e Settanta, fu necessario aspettare la fine della guerra fredda per assistere alle vere ondate di attivismo e ricerca sui diritti umani.

Nella misura in cui tutto ciò è corretto, il liberalismo nella sua dimensione antitotalitaria e post-imperialista rappresenta una rottura profonda con i suoi stessi impulsi e strumenti del passato. Questo è vero, soprattutto, per due ragioni. Ha ridotto l'ambizione al minimo: riconoscendo in un insieme di libertà politiche e civili di base i principi non negoziabili e gli obiettivi fondamentali degli affari internazionali, cosa che mai prima di allora era successa. E ha rinunciato al carattere visionario del liberalismo al suo apice welfarista (seppur imperialista), cosa che lo ha identificato come una filosofia del *summum bonum* e della realizzazione di una vita buona. Forse più in profondità, i liberali hanno abbandonato l'attenzione per il sociale in favore del formalismo, nonostante generazioni di liberali fossero arrivate alla conclusione che progressi ambiziosi dipendessero dal movimento opposto. Scoraggiati dal tradimento del progresso nelle false promesse comuniste e dal fallimento dell'impero (e dei suoi clientelistici successori nei nuovi stati appena decolonizzati) nel raggiungere la libertà e l'uguaglianza nel mondo, i liberali si sono

²⁹ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010.

³⁰ S. HOPGOOD, *Human Rights on the Road to Nowhere*, in S. HOPGOOD-J. SNYDER-L. VINJAMURI (a cura di), *Human Rights Futures*, cit., pp. 283-310.

ritirati verso una mentalità piuttosto diversa e apparentemente disillusa. La politica sembrava diventare una fatale ricetta per il male, e improvvisamente il programma più prestigioso da adottare per farvi fronte era quello di cercare di evitare che i despoti uccidessero i loro cittadini o, quando lo facevano in ogni caso, di cercare di metterli prima o poi in prigione.

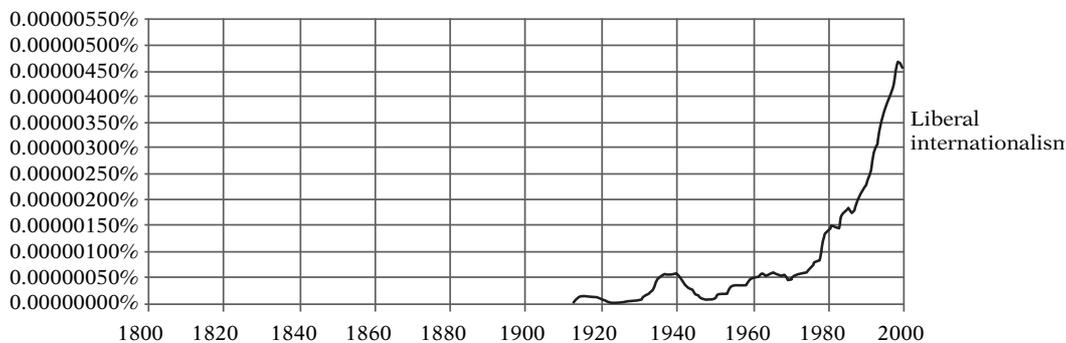
Tutto sommato, il “liberalismo”, esemplificato dall’ascesa dei diritti umani internazionali e seguito, com’è stato, dalla cosiddetta “cascata giudiziaria” (*justice cascade*) della responsabilità penale internazionale, ha rappresentato un netto rovesciamento (o persino un tradimento) dell’ottimismo del XIX secolo, che aveva visto nella storia un foro di dibattito per opportunità politiche invece che un ossario di massacri. Il progetto più caro ai liberali – la libertà sociale nello Stato con una forte dimensione welfarista – venne abbandonato perché il posto d’onore passò prima al contenimento dello Stato a livello interno e poi a livello esterno. Come se l’apice del liberalismo non fosse mai stato raggiunto, quegli stessi diritti che le prime generazioni avevano considerato necessario marginalizzare o addirittura ripudiare divennero gli ideali più elevati per i liberali nelle circostanze antitotalitarie e post-imperialiste. I motivi che portarono a compiere questi passaggi erano evidenti. C’erano gli orrori totalitari del nazismo e dello stalinismo e la parodia del progresso che entrambi rappresentavano. Ancora peggio, c’era l’oltraggio finale di giungere alla conclusione che l’impero e la decolonizzazione erano stati entrambi ugualmente vani nella loro promessa comune di realizzare un mondo migliore. Deve essere sembrato molto più saggio assumere l’obiettivo più raggiungibile e meno rischioso di tutelare le libertà individuali, nonostante queste non fossero mai state l’unico interesse dei liberali né a livello teorico né pratico.

3. Scienze politiche contemporanee e diritti umani

Che i liberali contemporanei tra gli scienziati della politica siano profondamente segnati da questa storia è semplice da dimostrare. Seguendo in ritardo di qualche anno l’impennata dei “diritti umani”, l’“internazionalismo liberale” (*liberal internationalism*) – l’etichetta alla quale appartengono gran parte dei difensori dei diritti umani all’interno delle scienze politiche, spe-

cialmente nelle relazioni internazionali – è un artefatto degli anni Ottanta, come mostrato in Figura 1. L'ascesa dell'internazionalismo liberale è stato il riflesso del tentativo di rivendicare un'alternativa al realismo della guerra fredda, a sua volta una creazione di convinti liberali in materia di politica interna, nel contesto della tarda guerra fredda, una volta che i suoi peggiori abusi sembrarono inescusabili e nacquerò i diritti umani internazionali. Come il liberalismo più in generale, anche l'internazionalismo liberale ha la sua genealogia inventata. Locke divenne, tardivamente, il leggendario capostipite del liberalismo nella prima metà del XX secolo e dell'internazionalismo liberale molti decenni dopo (forse, in particolare, in seguito alla celebre tipologia di Michael Doyle delle posizioni nelle relazioni internazionali)³¹. A causa della loro rielaborazione più recente della tradizione liberale dopo la rivoluzione dei diritti umani, la generazione di teorici che ha veramente fondato il movimento durante gli anni Ottanta non ha ancora ricevuto l'attenzione o il riconoscimento che merita. E nonostante la loro opera creativa di ricostruire una nuova ipotesi nella teoria delle relazioni internazionali, se la guerra fredda non fosse finita all'improvviso, l'internazionalismo liberale non avrebbe raggiunto il prestigioso successo che ha ricevuto, né nei circoli accademici né in quelli politici.

Figura 1. – *Frequenza dell'espressione "liberal internationalism" nella lingua inglese, misurata come percentuale di libri scannerizzati che contengono l'espressione. Per gentile concessione di Google Ngram Reader*



³¹ M. DOYLE, *Ways of War and Peace: Realism, Liberalism, and Socialism*, W.W. Norton, New York 2007.

Eppure, invece di difendere i loro valori come alquanto innovativi e seriamente controversi anche all'interno della storia del liberalismo, i politologi contemporanei oggi ritengono che l'importanza maggiore risieda nelle battaglie metodologiche e nella dimostrazione empirica. In gran parte questa trasformazione è dovuta a dibattiti disciplinari completamente estranei al tema dei diritti che i politologi si sono trovati ad affrontare recentemente. Le conseguenze di ciò sono state notevoli, portando i diritti umani a superare l'età della professione di fede per giungere a quella della loro misurabilità, nonostante i cinici potrebbero obiettare che, incredibilmente spesso, i risultati empirici mostrano un forte legame con l'ideologia preesistente dell'empirista di turno. C'è seriamente da preoccuparsi, tuttavia, che l'accento sull'empirismo serva in realtà ad accantonare centrali questioni teoriche e normative: nel caso in questione, quale tipo di speranze i liberali debbano nutrire per il mondo, ancora prima di trovarsi a guerreggiare con avversari ideologici di destra o di sinistra, trasformando la loro professione di fede in dati. Tutt'al più, ciò conduce a una illustre dottrina che finisce con il ruotare intorno a quei meccanismi (trattati internazionali, protocolli di responsabilità, socializzazione dello Stato) che potrebbero offrire un miglioramento marginale, come se fosse l'unica alternativa possibile³².

Il fatto che i diritti umani abbiano profondamente ridefinito il liberalismo è ciò che predetermina lo studio empirico intrapreso da Beth Simmons nel suo recente e straordinario capolavoro, *Mobilizing for Human Rights*. Se si tratta di un testo liberale, lo è essenzialmente per il fatto di essere tanto antitotalitario (concentrandosi sulle libertà politiche e civili) quanto post-imperialista (facendo appello all'autoliberazione indigena, arrivando addirittura al totale rigetto dell'intervento umanitario, anche sotto auspici liberali). In fondo la Simmons sostiene che se sistemi politici che non sono né autocrazie stabili né democrazie piene hanno stabilito un quoziente sufficiente di pratiche

³² Cfr. l'esempio esplicativo di R. GOODMAN-D. JINKS, *Socializing States: Promoting Human Rights through International Law*, Oxford University Press, Oxford 2013. Cfr. anche il volume strettamente correlato: R. GOODMAN-D. JINKS-A.K. WOODS (a cura di), *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2012.

di cittadinanza moderna, gli attivisti possono rivolgersi al diritto internazionale quale ulteriore strumento per ottimizzare i diritti del cittadino, almeno quando si tratta di diritti politici e civili. Un gran premio è dovuto alla Simmons per avere dimostrato che i trattati sui diritti umani fanno davvero la differenza, escludendo l'“ipotesi nulla”, per quanto nella sua stessa visione il loro contributo sia stato graduale e modesto. Ciò che sicuramente ha contribuito a rendere questo testo così interessante e autorevole non sono solamente i metodi empirici che sviluppa, ma anche la difesa del minimalismo storico mondiale che presenta con termini incoraggianti e rincuoranti³³.

Eppure, se il quoziente sufficiente di cittadinanza moderna rappresenta il contributo maggiore e i diritti umani internazionali quello minore, anche secondo la stessa Simmons, è opportuno chiedersi perché non sia il primo invece del secondo l'oggetto dell'attenzione e della discussione. È una domanda legittima e, in effetti, è una domanda liberale, una volta abbandonata la convinzione che la sicurezza geopolitica e gli interessi economici siano appannaggio dei “realisti” da cui i liberali si allontanano concentrandosi sui vincoli morali dei diritti umani. Anzi, queste preoccupazioni geopolitiche e sociologiche rappresentavano gli obiettivi centrali liberali nella storia del mondo, e obiettivi puramente morali, dato che lo scopo principale era quello di stabilire la politica e le fondamenta materiali della cittadinanza moderna, nei contenitori modulari imposti da confini nazionali e spesso etnici. In questo caso, i diritti umani rappresentano degli indesiderati intrusi nell'agenda storica del liberalismo e non il suo contenuto essenziale o consolidato.

Considerazioni analoghe si applicano alla dimostrazione empirica di Kathryn Sikkink secondo cui i protocolli di giustizia di transizione impediscono il compiersi di atrocità e possono avere – almeno in America Latina, su cui si concentra principal-

³³ Per una visione più completa della critica della Simmons come disfattista (benché non espressa nei termini della tradizione liberale), cfr. il mio *Do Human Rights Treaties Make Enough of a Difference?*, in C. GEARTY-C. DOUZINAS (a cura di), *Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 329-47. Cfr. ora B.A. SIMMONS, *The Future of the Human Rights Movement*, in *Ethics and International Affairs*, 28, 2, 2014, pp. 183-96.

mente la Sikkink – altri effetti nel rafforzare i diritti politici e civili. Nella sua disamina su quello che lei identifica come «ricerca empirica comparativa sistematica», la Sikkink esclude altri due insiemi di criteri in quanto eccessivamente ottimisti, dato che configurano standard iniqui per il successo che nessun movimento esistente riuscirebbe mai a soddisfare. Il primo è quello che lei chiama «confronti con l'ideale» (*comparisons to the ideal*), ossia chiedersi se i procedimenti giudiziari soddisfino perfettamente le aspettative. Il secondo è quello che la Sikkink chiama «ragionamento controfattuale» (*counterfactual reasoning*), che si verifica quando gli esperti misurano gli effetti raggiunti dai procedimenti penali in rapporto a cosa sarebbe successo in loro assenza. In altre parole, la Sikkink respinge la prima forma di definizione dei criteri di giudizio come troppo utopica e la seconda come troppo speculativa, rispetto a un confronto empirico di casi reali. Utopia e speculazione possono supportarsi a vicenda: nessuno sa come sarebbe un universo alternativo; lo scenario controfattuale spesso consente solo una proiezione di ideali più alti, anche se una loro realizzazione in un universo alternativo sarebbe improbabile. Se (nell'esempio della Sikkink) il ristretto insieme di risultati relativi al procedimento penale sembrasse migliore in un paese che adotta procedimenti giudiziari in difesa dei diritti umani rispetto a un altro che non lo fa, allora varrebbe la pena selezionarlo. «Non dico che queste azioni penali incontrino il mio ideale di giustizia», sottolinea, «ma semplicemente che i paesi che le adottano sembrano fare bene a farlo»³⁴.

D'altronde, per stessa ammissione della Sikkink, un risultato di questo tipo non merita né elogi né lodi, dato che alla fine non è possibile per noi rinviare all'infinito l'utopia o la speculazione. Una differenza è priva di interesse o di rilevanza se non nella misura in cui diventa importante o sostanziale. Secondo la stessa Sikkink, il confronto di casi reali impedisce l'idealizzazione. Un empirismo che si concentra con prudenza sul confronto di

³⁴ K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, W.W. Norton, New York 2011, p. 167. Questo paragrafo segue il mio *Anti-Impunity as Deflection of Argument*, in D. DAVIS ET AL. (a cura di), *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, pp. 68-94.

casi reali, tralasciando o perlomeno rinviando ogni considerazione su cosa sia realmente la giustizia, non chiarisce come l'empirista possa poi celebrare una "cascata giudiziaria". Eppure la Sikkink lascia spazio all'entusiasmo di giustificare in ogni caso una retorica altisonante. Ciò che è ragionevole identificare come premessa di un progetto di ricerca finisce per limitare perentoriamente l'indagine su quale tipo di fini possa essere utile perseguire e quale tipo di risultati valga la pena celebrare. Perciò, l'empirismo serve davvero a celare una scelta infondata di fini minimi come se fosse una condizione di un'indagine scientifico-sociale.

Ancora più che nella Simmons, il programma sui diritti umani delle scienze politiche rappresenta una riduzione degli interessi. Nel lavoro della Sikkink, la differenza introdotta ed empiricamente dimostrata in uno specifico ambito – la prevenzione delle atrocità – viene valorizzata molto di più rispetto ad altre prive di giustificazione. Per comprensibili ragioni, gli autori oggi possono contare sul fatto che i lettori si indignino profondamente quando vengono commessi crimini contro l'umanità, nonostante i liberali storicamente non avessero posto in cima alla loro classifica di priorità le atrocità estere (fintanto che non erano loro stessi a commettere tali atrocità). Queste scelte sono accettabili non solo per una tendenza empirista di rimuovere altre priorità, tra cui le ricerche più indefinite dei colleghi teorici politici, ma anche perché la modestia batte l'ambizione. Questo minimalismo – la ricerca di qualsiasi minima, ma per quanto piccola misurabile, modifica nell'ambito ristretto della cittadinanza politica – non è molto in linea con il programma liberale del passato. L'attuale promozione, basata sui dati, dei diritti umani dovuta al fatto che questi fanno una differenza, per quanto piccola, è un sintomo della silenziosa ridefinizione di liberalismo che riduce la necessità di elaborare una discussione teorica a proposito.

Forse la migliore difesa che si possa immaginare della svolta empirica applicata a fini poco ambiziosi è che, proprio perché il progresso non è riuscito a concretizzarsi sotto le spoglie di progetti storici precedenti, ora è fondamentale isolare i percorsi causali e ottenere chiarezza in merito ai meccanismi di una riforma graduale. Per esempio, forse la democrazia si dimostrerà durevole solo a condizione di perseguire i dittatori passati, op-

pure la giustizia economica e strutturale è disponibile unicamente entro i termini di una democrazia che offra diritti politici. Ma è proprio qui che la tesi fallisce e dove mostra l'allontanamento dalla sociologia che ha segnato la tradizione liberale al suo apice. Da un lato, quanto è plausibile che l'empirismo permetta la difesa del diritto dei diritti umani e dei loro movimenti per come si sono concretizzati di recente, tra attori politici che hanno rinunciato a un ragionamento strutturale o a lungo termine e che perciò non hanno nulla a che fare con alcuna teoria causale richiamata retroattivamente per giustificare la loro decisione di farsi carico di alcuni compiti e non di altri? E quanto è plausibile che degli attivisti disorganizzati, "mobilitandosi" per fare uso degli ulteriori strumenti del diritto internazionale per aggiornare la propria cittadinanza in termini di politica interna, aprano la strada a una trasformazione più ricca della cittadinanza che lasci spazio alla giustizia welfarista? (Ciò è avvenuto grazie al movimento dei diritti civili americani, che solitamente alimenta la letteratura sulla quale la Simmons imposta il suo pensiero sui movimenti sociali, anche quando quel movimento non ha mai avuto bisogno degli strumenti del diritto internazionale che il libro della Simmons dovrebbe promuovere?) L'incapacità di sostenere una tesi secondo cui percorsi iniziali, modesti e causalmente sicuri porteranno a futuri più grandiosi e ora più fattibili è una lampante testimonianza del reale limite dell'immaginazione che caratterizza al momento lo studio dei diritti umani nelle scienze politiche.

4. Conclusione

È possibile affermare che i diritti umani internazionali rappresentano una politica liberale, ma solo a condizione che una decisa enfasi su di essi rompa profondamente con il liberalismo storico, non solo per correggere i suoi errori imperialisti ma anche per precludere le sue più alte ambizioni. L'imperialismo, per tutti i suoi errori disastrosi, ha rappresentato una fiducia ideale che i liberali – in maniera del tutto comprensibile – ancora non sanno come sostituire. È encomiabile da parte della Simmons insistere sulla necessità di difendere i diritti umani non tanto per "esagerare con le promesse" (*overpromise*), ma perché

la vera preoccupazione è che, nella loro umiltà, i liberali contemporanei facciano troppo poche promesse (*underpromise*)³⁵.

Ciò avviene grazie al limite antitotalitario del welfarismo liberale, che in teoria era stato abbandonato sotto la pressione della guerra fredda e in pratica dopo che il tramonto dei movimenti della classe operaia a livello nazionale e il nemico sovietico all'estero avessero indotto un grande rinascimento di un libertarismo economico un tempo rigettato. Soprattutto, ciò avviene grazie all'incapacità post-imperialista di ripensare la politica globale in favore della libertà sociale che i liberali un tempo auspicavano. Infine, ciò avviene alla ricerca di qualcosa che funzioni, anche se con un contributo minore, sulle rovine dei sogni di progresso che anche i liberali una volta prendevano in considerazione. La ricerca dell'ordine minimale in una valle di lacrime politiche – con la garanzia di libertà personali e la criminalizzazione dell'atrocità come massime aspirazioni – è diventata per i liberali di oggi la speranza più grande possibile. È vero che, nel lavoro della Simmons, il femminismo liberale supera la selezione iniziale, ma per il resto la disfatta del liberalismo è totale.

Eppure, invece di affrontare direttamente la loro stessa situazione, riconoscendo l'allontanamento surrettizio dal precedente welfarismo (sia a livello interno che estero) e riconoscendo la modestia della loro politica estera, i liberali di oggi preferirebbero celebrare i diritti umani a quanto pare solo per sentirsi bene con sé stessi. Ciò avviene all'interno e tramite le scienze politiche, che con tutti i loro pretesti scientifici spesso sembrano poco più che un tentativo di rafforzare la fiducia di fronte alla tristezza e all'incertezza. Per questo lettore, almeno, la letteratura politologica esistente sui diritti umani non funziona bene come tonico psicologico. Al contrario, incentiva il pensiero che le politiche ambiziose sono (per il momento, in ogni caso) morte. È un risultato triste per la disciplina, persino un disastro per l'eredità di una riflessione millenaria su questioni politiche che, provenienti da una teoria politica ora marginale, la politologia empirica solitamente evita senza troppa resistenza.

Ho cercato di mostrare, a ben guardare, che la vittoria che corona i sedicenti politologi liberali all'interno e tramite la loro

³⁵ B.A. SIMMONS, *Mobilizing*, cit., p. 6.

promozione dei diritti umani è principalmente rivolta verso la loro stessa disciplina ed è di proporzioni modeste. Il lavoro della Simmons dimostra che il diritto internazionale può aiutare a modificare gli affari interni in una direzione positiva se gli stati hanno già definito i presupposti morali e materiali della cittadinanza moderna, mentre il testo della Sikkink mostra che i protocolli di giustizia transizionale coinvolti nel citare in giudizio ex presidenti possono migliorare le performances degli stati. È di per sé molto significativo notare che per gli empiristi la principale sfida analitica consiste nel dimostrare che il diritto internazionale dei diritti umani abbia un'incidenza marginale. Perché, se anche avessero ragione (cosa per nulla certa alla luce delle recenti obiezioni empiriche), il minimalismo di questi risultati è tutt'altra cosa rispetto alle ambizioni di cui i liberali una volta si facevano carico³⁶.

Questo è particolarmente vero nella misura in cui i liberali più recenti, con cui i nostri potrebbero sforzarsi di essere in sintonia, non sono Hobbes e Locke – teorici dell'ordine minimale o al massimo di una ristretta gamma di libertà (e proprietà) personali – ma gli eroi welfaristi i cui piani interni ed esteri sono ormai in gran parte abbandonati sia dai paesi nordatlantici sia come obiettivi mondiali. Per chi pensa (come me) che la *Dichiarazione universale dei diritti umani* non abbia annunciato tanto un progetto di protezione della vita internazionale quanto più un progetto nazionale modulare di rinnovamento della cittadinanza per includere anche il welfare, il risultato è doppiamente ironico e deludente. È molto significativo che i progetti di misurazione della Simmons e della Sikkink aderiscano alle familiari libertà civili e politiche comuni, senza nemmeno cercare di rivendicare il valore del diritto dei diritti umani e dei protocolli di giustizia transizionale sul terreno dei diritti economici o di obiettivi welfaristi più ampi. (Il sospetto è che non riuscirebbero a dimostrare risultati così positivi se ci provassero)³⁷.

³⁶ Per un'obiezione, cfr. soprattutto E. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.

³⁷ Come mostra S. HERTEL, *Re-Framing Human Rights Advocacy: The Rise of Economic Rights*, in S. HOPGOOD-J. SNYDER-L. VINJAMURI (a cura

Che ci siano abbondanti risorse nella storia del liberalismo per tornare indietro a correggere il suo recente troncamento all'interno e attraverso lo sviluppo dei diritti umani non significa, ovviamente, che esista una certa versione precedente del liberalismo da estrarre chirurgicamente dal passato per scopi contemporanei. Tutt'altro. Significa però che i liberali del passato erano più consapevoli dell'insieme di ideali concorrenti – tra cui spiccavano la pace sociale, l'emancipazione nazionale, la crescita economica e il welfare collettivo – che combinandosi tra di loro avevano marginalizzato qualunque cosa somigliasse alla politica dei diritti umani internazionali nella forma in cui questi si sono sviluppati al giorno d'oggi. Sarebbe meglio, in sintesi, se i politologi contemporanei smettessero di parlare con tale nonchalance e disinformazione di “liberalismo”, come se la versione che attualmente appoggiano non fosse stata messa in discussione all'interno della stessa tradizione liberale. Il testimone della tradizione liberale è troppo pesante per essere passato così facilmente in nome dell'attuale voga dei diritti umani. Questo, inoltre, espone il modello liberale del passato a indagini progettate per aiutare a prevedere il futuro dei diritti umani. È persino possibile che, esattamente come hanno imparato a fare i liberali in politica interna, anche i sostenitori dei diritti umani internazionali saranno portati a rimetterli al loro posto in nome di una visione più sofisticata di libertà sociale.

di), *Human Rights Futures*, cit., pp. 237-260, la promozione dei diritti economici si è sviluppata di recente, soprattutto attraverso campagne nel sud del mondo solitamente emarginato sia dalle istituzioni non governative sia nelle analisi del nord del mondo, ma è troppo presto per dire se questi sviluppi innovativi siano incoraggianti. Per un pessimismo contrastante, cfr. il mio *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, in *Law and Contemporary Problems*, 77, 4, 2014, pp. 147-69.

DIRITTI UMANI, DIRITTI CULTURALI E *COPYWRONGS* *

di *Fiona Macmillan*

Sommario:

1. Introduzione: alla ricerca dei corpi. – 2. In opposizione a una visione romantica del copyright. – 3. Il copyright nel diritto internazionale. – 4. In cerca dell'aiuto dei diritti umani. – 4.1. Proprietà privata sulla produzione culturale. – 4.2. Popoli indigeni. – 4.3. Il patrimonio culturale più in generale. – 5. Conclusione: il ritrovamento di meno corpi.

1. Introduzione: alla ricerca dei corpi

È difficile stabilire, sulla base dell'affollato chiacchiericcio di Internet, se Desmond Tutu abbia in effetti sentenziato che «si arriva a un punto in cui si deve smettere di non fare altro che raccogliere persone dal fiume. È necessario risalire la corrente e scoprire perché vi siano cadute»¹. Anche qualora non lo abbia detto, si tratta del tipo di affermazione che avrebbe potuto fare, dal momento che essa ha una inconfutabile aura di umanità e senso comune. Provenendo da una fonte di autorità morale quale l'arcivescovo Tutu, ciò che essa implicitamente suggerisce è che, una volta “risalita la corrente” non soltanto ci troveremo di fronte al problema ma anche ai mezzi per porvi rimedio. Ovviamente, com'è sempre il caso, più ci si sofferma sull'idea, più questa diviene fonte di dubbi. Cosa accadrebbe se si scoprisse che la

* Trad. it. di Pietro Denaro dell'originale *Human Rights, Cultural Rights, Copywrongs*.

¹ Secondo Wikiquote, questi avrebbe rilasciato tale dichiarazione il 7 dicembre 2013: Talk: Desmond Tutu – Wikiquote, ultima visita 8 gennaio 2021.

situazione a monte porta benefici a più persone di quelle che ne risultano danneggiate, e quei pochi sfortunati a essere trascinati giù dalla corrente sono in realtà una piccola minoranza? O magari la situazione a monte giova a pochi, potenti e ben asciutti, alle spese di una moltitudine di gente fradicia e indigente. Cosa faremmo se scoprissimo che la situazione a monte, sebbene ingiusta e indifendibile, è molto più complicata di quanto si pensi? Cosa accadrebbe se constatassimo che questa è connessa a una intricata trama di riflussi e correnti di portata molto più ampia?

Uno sguardo critico sugli effetti del regime internazionale del copyright tende ad avvinghiarci in dubbi di questo tipo. Assumendo che il regime esistente abbia l'effetto di far sì che un numero eccessivo di cadaveri gonfi d'acqua si raccolga a valle, e dunque si risalga la corrente con l'idea di porre rimedio al problema utilizzando gli strumenti giuridici a disposizione, il risultato non sarà altro che quello di impantanarsi tra problemi la cui causa più immediata va rintracciata nel sistema di diritto internazionale messo in piedi dagli stati usciti vincitori, sotto la guida degli Stati Uniti, dalla seconda guerra mondiale². In questo saggio indagherò questa tesi, prendendo in considerazione quali siano i corpi che finiscono a valle del sistema internazionale del copyright, e se siano in effetti talmente tanti da dovere ripensare l'intero sistema. Una volta preso in considerazione il posizionamento del copyright nell'ambito del diritto internazionale, il saggio si rivolge al possibile ruolo giocato dai diritti umani. Nell'ambito di tale riflessione ci si chiede se facendo ricorso a monte al regime dei diritti umani, e in particolare alla loro specifica dimensione di diritti culturali, si potrebbe riuscire a porre rimedio al problema. La tesi qui sviluppata si focalizza in particolare sull'importanza di opporre resistenza a una visione romantica del copyright, ma tale atteggiamento di resistenza farà sì che questo scritto in ultima analisi sottoscriva anche una certa opposizione all'idea che la satura dottrina del diritto internazionale dei diritti umani possa fungere da correttivo ai difetti del sistema del copyright.

² Per alcune riflessioni su tale regime, pertinenti a questo argomento, si veda F. MACMILLAN, *International Economic Law and Public International Law: Strangers in the Night*, in *International Trade Law and Regulation*, 6, 2004, pp. 115-124.

2. In opposizione a una visione romantica del copyright

Dunque, come si configura questa visione romantica del copyright alla quale dobbiamo opporre resistenza? Essa può probabilmente essere meglio compresa con riferimento alle due tesi giustificative dominanti in materia di copyright, la cui tendenza è stata quella di sedurre generazioni di giuristi interessati ai profili culturali o creativi della materia del copyright. In breve, tali tesi giustificano il riconoscimento di copyright o in quanto questo incentivi la creatività culturale o in quanto certi atti di creatività culturale diano essi stessi vita a un diritto naturale al riconoscimento di copyright. D'altro canto, quale animo romantico non si farebbe sedurre dalle lusinghe di una giustificazione fondata sull'incentivo, accompagnata dalle sue promesse di sempre maggiori prodotti e innovazioni culturali? E, in relazione alla teoria dei diritti naturali, è pressoché evidente quanto sia appagante l'idea di riconoscere uno status speciale ad atti di produzione culturale e a coloro che vi si impegnino³.

Nelle tesi giustificative del copyright, il significato del suo carattere di diritto di mercato tende a essere oggetto di poca attenzione se messo a confronto con quello delle sue supposte credenziali di diritto creativo. Tuttavia un approccio critico al diritto di copyright ha messo in luce la sua incerta e incrinata relazione con le concezioni della creatività nelle arti. Il modo in cui il copyright si occupa della creatività e della produzione di cultura – per non parlare delle loro specifiche manifestazioni nell'ambito della letteratura, teatro, danza, arte, musica e film – è stato oggetto di una letteratura ben documentata, di livello eccellente e spesso interdisciplinare, la quale inevitabilmente porta alla proclamazione di romantiche tesi sulla connessione tra copyright e creatività⁴.

³ Per un'analisi di tali giustificazioni, si veda J. WALDRON, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, in *Chicago-Kent Law Review*, 68, 1993, pp. 841-887; W. FISHER, *Theories of Intellectual Property*, in S.R. MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 168-199; F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, Routledge, Oxford-New York 2021, pp. 12-21.

⁴ Vi è un'ampia letteratura al riguardo, una cui lista indicativa potrebbe includere i seguenti testi: C. BURROW, *Imitating Authors: Plato to Futurity*,

Questa ampia letteratura si occupa, in vario modo e grado, delle incongruenze tra i concetti e le condizioni della creatività e della produzione culturale, da un lato, e la loro mutevole seconda vita in funzione del copyright (e di altre norme di proprietà intellettuale), dall'altro. Esso anche riflette le conseguenze dell'identità giuridica del copyright come diritto di proprietà e il modo in cui l'inquadramento occidentale del concetto di proprietà incida sulla creatività e sulla produzione di cultura a livello globale. Tuttavia, è stato forse l'emergere di una letteratura sull'economia politica del copyright a dare il maggior contributo al fine di mettere in luce il suo sgradevole lato oscuro e il modo in cui la narrativa romantica in tema di copyright sia stata corrotta dal suo coinvolgimento nel sistema capitalistico⁵. Come è reso chiaro da questa letteratura, l'economia politica del copyright è determinata dalla sua caratterizzazione giuridica quale diritto di proprietà privata. Lo scetticismo teorico⁶ sulla natura di tale proprietà "immateria-

Oxford University Press, Oxford-New York 2019, cap. 9; R.J. COOMBE, *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation and the Law*, Duke University Press, Durham 1998; C.J. CRAIG, *Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2011; J. GAINES, *Contested Culture: The Image, the Voice and the Law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill-Londra 1991; E. HEMMUNGS WIRTÉN, *No Trespassing: Authorship, Intellectual Property Rights, and the Boundaries of Globalization*, University of Toronto Press, Toronto 2004; N.W. NETANEL, *Copyright's Paradox*, Oxford University Press, Oxford-New York 2008; P. PARRINDER-W. CHERNAIK (a cura di), *Textual Monopolies: Literary Copyright and the Public Domain*, University of London Press, Londra 1997; M. ROSE, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, Boston 1993; D. SAUNDERS, *Authorship and Copyright*, Routledge, Londra 1992; B. SHERMAN-A. STROWEL (a cura di), *Of Authors and Origins: Essays on Copyright Law*, Clarendon, Oxford 1994; M. SUNDER, *From Goods to a Good Life: Intellectual Property and Global Justice*, Yale University Press, New Haven 2012; M. WOODMAN-SEE-P. JASZI (a cura di), *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, Duke University Press, Durham 1994.

⁵ In particolare, R.V. BETTIG, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*, Westview, Boulder 1996. Si veda inoltre, F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit., cap. 1.

⁶ Si vedano, per esempio, i saggi contenuti in H.R. HOWE-J. GRIFFITHS (a cura di), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge

le” non ha avuto alcun sostanziale impatto sulla sua esistenza sul mercato, ove le contestazioni sul suo carattere proprietario non sembrano averne limitato le capacità di attrarre diritti di investimento. La natura del copyright come bene aziendale e finanziario è responsabile dei danni prodotti o, senza uscir di metafora, dei corpi ammassati a valle. Allo scopo di rintracciare le correnti di questo argomento, volgeremo adesso l’attenzione sulla questione del regime internazionale di disciplina del copyright.

3. Il copyright nel diritto internazionale

Più di un ventennio è trascorso dalla nascita della Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e del suo (tristemente) noto accordo TRIPs (Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio – *Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), e facilmente ci si dimentica come il diritto internazionale in materia di proprietà intellettuale fosse una volta di competenza esclusiva dell’OMPI (Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale), un organismo delle Nazioni Unite. La ricollocazione della proprietà intellettuale entro l’ambito dell’OMC costituiva, tra le altre cose, il riconoscimento del sempre maggiore significato dei diritti di proprietà intellettuale nell’ambito degli investimenti e del commercio internazionali. Non si trattava di qualcosa che trovava riflesso nei rilevanti strumenti giuridici internazionali prima dell’OMC. In associazione con l’allora forte influenza del concetto di diritti d’autore nell’ambito del diritto civile, la Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie e artistiche (1886), con il suo ruolo fondativo, configurava il copyright come qualcosa di cui possono godere soltanto i singoli creatori (esseri umani) individuali; e sebbene la Convenzione di Roma relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione (1961) proteggesse le società che investono nella creazione o distribuzione di opere soggette a copyright, l’uso di fare riferimento a

University Press, Cambridge 2013; J. BELLIDO, Book Review: *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, in *Birkbeck Law Review*, 2, 2014, pp. 147-156.

queste come titolari di “diritti correlati” aveva avuto il risultato di creare una certa distanza, in termini retorici, rispetto al cuore del copyright. Tuttavia, vi era prova, evidente a chiunque volesse osservarla, di ampie titolarità, commerci e investimenti, aventi a oggetto interessi di copyright, da parte delle società multinazionali dello spettacolo e dell’informazione.

A partire dall’ampia e consistente base fornita dai diritti di proprietà esclusiva loro conferiti in virtù di tali portafogli di copyright, avvantaggiandosi dell’integrazione dei loro interessi aziendali che operava orizzontalmente attraverso un’ampia selezione di diversi prodotti culturali, e organizzando le proprie attività a livello internazionale mediante apposite strutture di gruppi societari, un piccolo gruppo di interessi in capo a società multinazionali finì con l’esercitare il dominio sul mercato globale della creazione e distribuzione di certe forme di prodotto culturale⁷. Come ho ampiamente argomentato altrove, questo dominio, particolarmente marcato nella (ma non limitato alla) industria musicale e del cinema, ha prodotto una serie di indesiderabili effetti culturali e politici⁸. Tra questi sono da annoverare effetti quali la omogeneizzazione del prodotto culturale, la creazione di una cultura aziendale di stampo monologico, la repressione di atti di resistenza contro una simile cultura, il silenziamento di voci alternative, i meccanismi di controllo sulla libertà di espressione del pensiero e una generale costrizione cui sono state soggette la creatività e l’innovazione. Non ho mai sostenuto che vi fosse un qualche tipo di cospirazione globale (sebbene potrebbe esservi), ma che questi sono semplicemente gli effetti di un sistema di diritti di proprietà che privilegia l’investimento su certe forme di creatività a svantaggio di altri va-

⁷ Si veda in particolare R.V. BETTIG, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*, cit.

⁸ Si veda, per esempio, F. MACMILLAN, *The Cruel ©: Copyright and Film*, in *European Intellectual Property Review*, 2002, pp. 483-492; F. MACMILLAN, *Commodification and Cultural Ownership*, in J. GRIFFITHS-U. SUTHERSANEN (a cura di), *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 35-65; F. MACMILLAN, *‘Speaking Truth to Power’: Copyright and the Control of Speech*, in O. POLLICINO-G.M. RICCIO-M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age: A Comparative Analysis in Search of a Common Constitutional Ground*, Edward Elgar, Cheltenham 2020, pp. 6-27.

lori, inerenti a queste forme di creatività e che non appartengono al mercato. Certi aspetti del diritto in materia di copyright sono stati particolarmente significativi in questo contesto. Il fatto che nel copyright confluiscono diritti di proprietà privata rivaleggianti è chiaramente di centrale importanza, ma i metodi attraverso i quali tali diritti possono essere ottenuti e la loro ampiezza sono anche cruciali per la comprensione della relazione tra copyright e investimento e accumulazione di capitale. Per esempio, come discusso più ampiamente qui di seguito, non solo le società responsabili della mercificazione, nell'industria dell'informazione e dello spettacolo, si intestano interessi di copyright sulla base dell'assegnazione che viene loro fatta dagli autori che, secondo il diritto del copyright, sono i primi titolari di questo, ma ad esse sono anche riconosciuti diritti di proprietà su certe forme di prodotti culturali sin dall'inizio, come se queste ne fossero gli autori⁹. Infine, l'ambito di applicazione dei diritti di copyright è ampio, mentre le varie eccezioni e difese contro il suo esercizio sembrano essere soggette a una continua contrazione.

Molti di coloro che si appigliavano a, o erano stati convinti da, una concezione romantizzata dei diritti di copyright sembravano appena notare questo stato di cose, una volta che l'immenso potere di tali società si era messo in opera al fine di rimodellare il diritto internazionale così da rispecchiare i loro interessi¹⁰. Era quasi come se l'annuncio relativo alla ricollocazione degli aspetti "commerciali" dei diritti di proprietà intellettuale, ivi incluso *finanche* il copyright, nell'alveo della disciplina OMC, rivelasse un aspetto delle dinamiche della proprietà intellettuale che era stato fino a quel momento nascosto. Con ciò non si vuole negare, tuttavia, che questa ricollocazione non avesse significativi effetti giuridici e politici. Sin dal momento in cui l'accordo TRIPs fu adottato, il diritto della proprietà intellettuale venne esplicitamente configurato come relativo a "diritti" in relazione al "commercio". Coloro che desideravano vedere il copyright rafforzare il ruolo fondamentale della produzione di cul-

⁹ Si veda il successivo par. 4.1.

¹⁰ S.K. SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, soprattutto capp. 5 e 6.

tura come valore in sé, piuttosto che avere un valore meramente strumentale, potevano consolarsi col fatto che il riferimento ad “aspetti commerciali” suggerisse che ve ne fossero anche altri di diversa natura. Una magra consolazione senz’altro. Non soltanto l’accordo TRIPs rappresenta il quadro normativo dominante per il diritto internazionale della proprietà intellettuale, ma la sua collocazione nell’ambito degli accordi OMC lo ha reso parte integrante di un potente sistema di regolamentazione giuridica internazionale dell’economia¹¹. Questi due aspetti dell’accordo TRIPs sono ovviamente intrinsecamente correlati. Il potere sistemico e la contemporanea presenza dei robusti meccanismi di applicazione previsti dall’OMC formano in larga parte la ragione per la quale l’accordo TRIPs ha acquisito la capacità di definire i parametri della materia del diritto di proprietà intellettuale. Di conseguenza, l’accordo TRIPs ha dato adito a un consolidamento autoritativo e a una normalizzazione della preesistente vita reale del diritto di proprietà intellettuale in generale e del diritto in materia di copyright in particolare. E tale vita reale era non soltanto quella di un diritto che si auto-dichiara come “commerciale”, ma ancor più significativamente quella di un diritto che si presenta come diritto di investimento¹².

Le disposizioni sul copyright dell’accordo TRIPs sono, più o meno, quelle che erano già inserite nella Convenzione di Berna¹³. Ciò significa che non si davano enormi differenze tra l’in-

¹¹ Si veda ulteriormente sul punto D. KENNEDY, *The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the Field of International Economic Law*, in *American University Journal of International Law and Policy*, 10, 1995, pp. 671-716; e F. MACMILLAN, *International Economic Law and Public International Law: Strangers in the Night*, cit.

¹² F. MACMILLAN, *Looking Back to Look Forward: Is there a Future for Human Rights in the WTO?*, in *International Trade Law and Regulation*, 6, 2005, pp. 163-180; F. MACMILLAN, *Copyright policy and the right to science and culture – Report 2015 (A/HRC/28/57/)*, in H. PORSDAM-L. BELDER (a cura di), *Negotiating Cultural Rights: Issues at Stake, Challenges and Recommendations*, Ashgate, Farnham 2017, pp. 181-198.

¹³ L’art. 9, comma 1 dell’accordo TRIPs incorpora gli artt. 1-21 della Convenzione di Berna, fatto salvo per l’art. 6 bis (diritti morali), mediante rinvio. Gli artt. 10-14 dell’accordo TRIPs aggiungono alcuni obblighi ulteriori. In particolare, gli artt. 11 e 14, comma 4 estendono la portata dei diritti esclusivi dei titolari di copyright aggiungendo diritti di noleggio in re-

quadramento giuridico del diritto internazionale sul copyright precedente e successivo all'adozione del TRIPs. E tuttavia, com'è ben noto, il contesto è tutto. La reificazione dei diritti di proprietà intellettuale come diritti commerciali, in grado di essere attuati mediante un sistema di ritorsioni commerciali, enfatizza certi aspetti del panorama internazionale in materia di copyright a scapito di altri. Questa percezione viene a essere rafforzata da due ulteriori fattori. Il primo è che l'accordo TRIPs si è dimostrato un utile terreno comune sul quale negoziare trattati di investimento bilaterali, che potrebbero rafforzare la natura di oligopolio del mercato dei beni e dei servizi culturali¹⁴. Ciò dà ulteriore peso a quanto precedentemente suggerito in relazione all'idea che l'accordo TRIPs possa essere ancor meglio descritto come un accordo in materia di investimento piuttosto che un accordo commerciale. Il secondo fattore che ha finito con il rafforzare la natura di tale cambiamento nel panorama internazionale sul copyright si rintraccia nella circostanza che l'interpretazione e l'applicazione del diritto internazionale in materia di copyright sono state in tal modo assegnate a esperti di diritto commerciale. Uno dei primi esempi, che si trova nella decisione del Panel OMC *US – Section 110(5) of US Copyright Act*, merita probabilmente di essere menzionato allo scopo di illustrare la nuova vita del diritto sul copyright, così come maneggiato da coloro che poco sapevano delle sue precedenti dinamiche¹⁵. Questo caso prendeva in considerazione il cosiddetto triplice test sulla validità delle eccezioni nazionali sul copyright, di cui all'articolo 13 dell'accordo TRIPs¹⁶. Le eccezioni, la cui portata è man

lazione ai programmi informatici, i film e i fonogrammi. Tuttavia nessuna di tali disposizioni è unica del diritto internazionale sul copyright: si vedano l'art. 7 del trattato OMPI sul copyright del 1996; e gli artt. 9 e 13 trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi del 1996.

¹⁴ Si veda P. DRAHOS, *BITS and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property*, in *Journal of World Intellectual Property*, 4, 2001, pp. 791-808.

¹⁵ *US – Section 110(5) of US Copyright Act*, WT/DS/160/R, 15/6/2000.

¹⁶ L'art. 13 dell'accordo TRIPs (Limitazioni ed eccezioni) stabilisce che: «I Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare».

mano diminuita, sono l'elemento chiave per stabilire un certo equilibrio tra i confliggenti diritti di proprietà privata del titolare del copyright e gli importanti obiettivi della promozione e diffusione della creatività culturale e dell'innovazione. Tale disputa offriva al Panel dell'OMC l'opportunità di riflettere su legittimi obiettivi e politiche perseguiti mediante le eccezioni nazionali ai diritti del titolare di copyright, che potrebbero includere, per esempio, la necessità di bilanciare in determinati casi gli interessi dei titolari di copyright e dei suoi fruitori. Una simile opportunità non venne colta dal Panel. Non soltanto questo ignorò lo stesso art. 7 dell'accordo TRIPs, che parla di un uso dei diritti di proprietà intellettuale mirante a "favorire il benessere sociale ed economico, nonché l'equilibrio tra diritti e obblighi", ma anche trascurò il concetto generale di copyright come punto di equilibrio tra diritti e obblighi¹⁷. La perdita di qualsiasi riferimento a un bilanciamento nel diritto sul copyright ovviamente conduce ad ampliare il suo potenziale ruolo di strumento di dominio culturale e di omogeneizzazione.

Con ciò non si vuole assolutamente sostenere che il copyright non abbia un valore per i soggetti che operano nei settori di produzione creativa ai quali si applica. Il copyright non solo consente agli individui di ottenere un beneficio economico derivante dal loro lavoro creativo, ma anche conferisce loro un potere di controllo, sebbene un tale potere sia notevolmente attenuato ove il copyright non rimanga nelle mani del suo creatore originario. Le forme di mercato con connotazione sociale al-

Per una critica di questa disposizione alla luce dell'art. 10 della Convenzione di Berna, si vedano T. APLIN-L.A.F. BENTLY, *Displacing the Dominance of the Three Step Test: The Role of Global Mandatory Fair Use*, in W.L. NG-LOY-H. SUN-S. BALGANESH (a cura di), *The Cambridge Handbook of Copyright Limitations and Exceptions*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, pp. 37-58; e L.A.F. BENTLY-T. APLIN, *Whatever Became of Global Mandatory Fair Use? A Case Study in Dysfunctional Pluralism*, in S. FRANKEL (a cura di), *Is Intellectual Property Pluralism Functional?*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, pp. 8-36.

¹⁷ Per una più ampia presentazione di questa decisione, si veda F. MACMILLAN, *Development, Cultural Self-Determination and the World Trade Organization*, in A. PERRY-KESSARIS (a cura di), *Law in the Pursuit of Development: Principles into Practice*, Routledge/Cavendish, Londra 2010, pp. 68-96.

le quali si potrebbe pensare nel contesto dell'esercizio dei diritti di proprietà da parte dei (veri) autori di un'opera si occuperebbero ovviamente di fare cose ben diverse che creare ricchezza a vantaggio dei detentori di interessi societari transnazionali. Come mostrato da Murray, Piper e Robertson, i mercati formano parte di comunità in cui l'interesse è focalizzato su ciò che da questi è definito come "valore vissuto", e non su misure finanziarizzate del valore¹⁸. Il problema è che, mentre il copyright potrebbe giocare un ruolo nella creazione di valore in mercati a connotazione sociale, il sistema di diritto internazionale della proprietà intellettuale, che definisce la titolarità e controlla l'esercizio di molte forme di produzione culturale contemporanea, identifica il valore mediante l'apparato di pensiero del mercato totale¹⁹. La sua creazione di un ampio sistema di diritti di proprietà intellettuale sui prodotti culturali è designata allo scopo di rendere quei prodotti degli investimenti dotati di liquidità. Come risultato, il diritto sul copyright, la cui funzione primaria è quella di proteggere l'investimento e l'accumulazione di capitale, supporta un meccanismo di controllo sulla produzione culturale che è nelle mani di uno stretto gruppo di società conglomerate multinazionali.

4. In cerca dell'aiuto dei diritti umani

Talune di queste critiche sono state prese in carico dal *Rapporto in materia di politiche di copyright e diritto alla scienza e alla cultura* a firma dello *Special Rapporteur* sui diritti culturali²⁰. Tale Rapporto rappresenta fundamentalmente una critica dell'attuale sistema internazionale del copyright. E ciononostante tale

¹⁸ L.J. MURRAY-S.T. PIPER-K. ROBERTSON, *Putting Intellectual Property in its Place: Rights Discourses, Creative Labor, and the Everyday*, Oxford University Press, Oxford-New York 2014, p. 10.

¹⁹ Sul "pensiero di mercato totale", si veda E. CHRISTODOULIDIS, *The European Court of Justice and 'total market thinking'*, in *German Law Journal*, 14, 2013, pp. 2005-2020.

²⁰ F. SHAHEED, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Copyright policy and the right to science and culture*, UNGA Doc. A/HRC/28/57, 24 dicembre 2014.

critica si trova allo stesso tempo invischiata nelle contraddizioni di un diritto internazionale dei diritti umani che a volte sembra avere predisposto quelle stesse barriere che costituiscono i più grandi limiti del sistema del copyright.

Il Rapporto comincia con una presa di posizione diretta, osservando che nonostante entrambi abbiano ad oggetto le stesse materie (scienza e cultura), «due importanti paradigmi del diritto internazionale – la proprietà intellettuale e i diritti umani – si sono sviluppati secondo percorsi per lo più differenziati» (par. 2). Nella misura in cui i diritti sulla proprietà intellettuale in testa a privati si rinsaldano sempre di più, nel Rapporto si osserva che le tensioni tra questi due regimi sono incrementate (par. 3). Secondo tale Rapporto, alcune delle conseguenze e/o rischi di tale evoluzione disgiunta sono: la privatizzazione della conoscenza umana; la restrizione della libertà artistica e creativa; la compressione dello spazio pubblico, con la conseguente riduzione della capacità di ciascuno di prendere parte alla vita culturale; le restrizioni al generale diritto di libertà di espressione, incluso il diritto di essere informati; e il mancato riconoscimento degli «speciali interessi dei popoli indigeni» (par. 56). In generale, il Rapporto tende a utilizzare su questi punti un linguaggio cautamente diplomatico, spesso mettendo in guardia dalle conseguenze avverse piuttosto che dichiararle in atto esistenti. Esso statuisce, per esempio, che la «conoscenza umana» è «un bene pubblico globale e ... gli Stati dovrebbero ben guardarsi dal promuovere la privatizzazione della conoscenza in misura tale da privare gli individui dell'opportunità di prendere parte alla vita culturale» (par. 14). Parole caute sono anche adottate in relazione all'impatto del copyright sulla libertà artistica. Su questo punto nel Rapporto si osserva che l'estensione dei diritti esclusivi riconosciuti ai titolari di copyright consente loro di «monetizzare un'ampia varietà di utilizzi e di scongiurare adattamenti sui quali questi abbiano obiezioni. Di conseguenza, la libertà creativa di altri artisti di costruire e adattare opere culturali esistenti potrebbe dipendere dalla loro capacità di pagare i diritti di licenza» (par. 22). Analogamente, sulla questione della contrattualizzazione del dominio pubblico o dei beni culturali comuni, il Rapporto punta l'attenzione sul modo in cui la lunga durata riconosciuta agli interessi di copyright potrebbe interferire con la protezione di «un vibrante dominio

pubblico di una eredità culturale condivisa, alla quale ogni creativo sarebbe libero di attingere» (par. 50).

Se il Rapporto si mostra cauto in relazione al nesso tra copyright e diritti umani, tuttavia esso si mostra molto meno ambiguo in relazione all'ambiente giuridico e istituzionale che sta intorno alla regolamentazione del copyright. Un sostanziale effetto di ciò, in particolare tenendo in considerazione che il Rapporto era stato presentato innanzi al Consiglio dei diritti umani dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, si rintraccia nel suo rifiuto della tesi secondo cui il sistema del copyright sarebbe espressione della, o potrebbe comunque giustificarsi sulla, base dell'art. 15, comma 1 lettera c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali²¹, dal momento che esso richiede la protezione dei diritti morali e materiali degli autori. Come osservato dal Rapporto, non vi è alcun riferimento in tali disposizioni alla necessità di proteggere questi diritti mediante il sistema di diritti proprietari del copyright (par. 26-29). In modo lodevole si porta l'attenzione sulla circostanza che vi sono una serie di altri strumenti giuridici rilevanti ai fini della protezione dei diritti degli autori:

il sostentamento degli artisti potrebbe essere supportato, per esempio, da misure di garanzia del reddito minimo, forme di potere contrattuale collettivo, misure di previdenza sociale, supporto finanziario per l'arte, educazione artistica, acquisti bibliotecari, politiche migratorie e di visto, e misure per la promozione del turismo culturale. Le leggi sul copyright dovrebbero essere intese come parte di un più ampio novero di politiche di promozione del settore culturale e del diritto alla scienza e alla cultura (par. 49).

L'ossessione nei confronti del copyright sembra spesso oscurare questi altri strumenti.

Tuttavia, le sezioni più incisive del Rapporto sono quelle focalizzate sulle questioni relative alla presenza e alle attività dei mezzi di comunicazione e delle aziende dello spettacolo nel contesto del copyright. In esso si critica la dirompente influenza degli ambienti societari sulle politiche economiche della regola-

²¹ Che a sua volta trova le sue origini nell'art. 27, comma 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

mentazione internazionale del copyright, questione ivi descritta come un «deficit democratico nella elaborazione delle politiche internazionali del copyright» (par. 19). Il Rapporto pone l'attenzione sul ruolo del titolare di copyright, tracciando la distinzione cruciale tra il titolare degli interessi di copyright, spesso una società, e l'autore dell'opera protetta da copyright. È importante comprendere come gli interessi di queste due figure possano non soltanto essere diversi ma anche «opposti» (par. 38), osserva il Rapporto, e che le relazioni contrattuali tra loro in materia di commercializzazione e distribuzione delle opere «sono spesso caratterizzate da uno squilibrio di poteri tra le parti» (par. 43). Adottando il suo sguardo critico ispirato ai diritti umani, il Rapporto osserva che gli interessi economici dei titolari di diritti societari «non godono dello status di diritti umani» (par. 41). Di conseguenza, «dalla prospettiva dei diritti umani, la politica di copyright e le pratiche societarie devono essere giudicate sulla base di quanto queste giovino agli interessi degli individui che ne sono gli autori, così come all'interesse pubblico alla partecipazione culturale» (par. 41).

Nel presentare una serie di osservazioni critiche nei confronti di un ampio novero di questioni che incidono sulla operatività del diritto del copyright e, in particolare, sul regime internazionale del copyright, il Rapporto si spinge fin dove poche altre istituzioni pubbliche della *governance* internazionale hanno osato inoltrarsi. Si tratta di un territorio che non è, tuttavia, inesplorato. Un considerevole numero di studiosi e attivisti hanno già perlustrato questi luoghi. E mentre il Rapporto mantiene uno sguardo attento su una serie di questioni cruciali, è sorprendentemente all'asciutto rispetto a tutta una letteratura assai critica in materia di copyright. Di conseguenza, vi sono una serie di punti che, piuttosto sorprendentemente, sembrano essere assenti dal Rapporto. Una riflessione su alcune delle cose che il Rapporto avrebbe potuto dire, ma non ha detto, è cruciale per comprendere sia la relazione problematica tra copyright e diritti umani, sia i pericoli di una scorretta applicazione della dottrina dei diritti umani in questo contesto.

Come premessa a questa discussione, vale la pena di ipotizzare a quale tipo di cambiamento dovrebbe essere soggetto l'attuale regime del copyright per salvarsi da se stesso, e per salvare noi dagli effetti di questo suo operare come diritto d'investi-

mento e di mercato. Come da me sostenuto in altra sede, la chiave per ottenere questo risultato sta nel radicare il regime di copyright in un sistema che privilegi gli interessi della creatività individuale come parte di un processo comunitario di produzione culturale²². Qui voglio suggerire quattro principi che mi sembrano fondamentali affinché possiamo trovare la via per giungere a un tale sistema. Il primo di tali principi è che la produzione culturale e l'utilizzo di beni/servizi culturali e di altre risorse immateriali sono tutti parte di un unico processo. Ciò significa che ogni istante di produzione culturale implica l'utilizzo, in qualche forma, di prodotti culturali o risorse che già esistono. Dunque, in questo senso, la produzione culturale è sempre una impresa collettiva. Tuttavia, riconoscere che la produzione culturale sia un processo collettivo non significa che agli autori debba essere richiesto di abbandonare i loro diritti relativi a specifiche porzioni di quel processo delle quali questi siano responsabili. Dunque, in secondo luogo, è essenziale che agli autori/creatori sia assegnato il diritto a ottenere riconoscimento e remunerazione per la loro opera. In terzo luogo, un compromesso deve essere trovato tra l'importanza di ottenere questo risultato e il riconoscimento che, per la sua stessa natura, la creatività culturale nelle arti è un bene comune. Ciò che è necessario, dunque, è un bilanciamento tra diritti collettivi e diritti (privati) individuali. Infine, ribadisco la premessa (che riconosco essere ottimistica) che il diritto ha la capacità di essere liberatorio e di offrire dunque una soluzione ai problemi anche quando – come in questo caso – tali problemi sono stati creati dal diritto stesso. L'idea di copyright come modello per incoraggiare la produzione e la diffusione delle risorse culturali immateriali è stata oggetto di significativi attacchi negli ultimi anni. Ragione essenziale di ciò è che ciò che è stato prodotto da questo modello di copyright è un sistema di mercificazione della creatività e di privatizzazione della cultura²³. Come sostenuto in precedenza, a uscire vittoriosi da questo sistema sono le grandi case di produzione e altri titolari di

²² Si veda F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit., in particolare il cap. 7.

²³ Si veda nota n. 8.

interessi commerciali privati²⁴. Tuttavia, il fatto che il diritto del copyright abbia prodotto, a questo punto nella storia, un sistema problematico di protezione della proprietà privata sui beni culturali, non significa necessariamente che esso sia incapace di giocare un ruolo nell'assicurare il suddetto equilibrio tra diritti collettivi diritti (privati) individuali.

A partire da questi principi, il prosieguo di questo saggio esamina tre questioni critiche sollevate dal Rapporto, con l'intento di riflettere sui possibili limiti di un approccio all'attuale sistema del copyright basato sul binomio diritti umani-diritti culturali. Le tre questioni sono: il concetto di proprietà privata sulla produzione culturale; la posizione dei popoli indigeni, in particolare rispetto alla protezione della loro proprietà/patrimonio culturale; e la protezione della proprietà/patrimonio culturale più in generale.

4.1. Proprietà privata sulla produzione culturale

Siamo così abituati all'idea che il copyright, insieme ad altri diritti di proprietà intellettuale, attribuisca diritti di proprietà privata su beni immateriali che probabilmente non vediamo più quanto strane siano una tale idea e le sue perniciose conseguenze. Il Rapporto riconosce alcuni degli effetti della creazione, da parte del sistema del copyright, di diritti di proprietà privata sulla produzione culturale. In particolare, focalizza l'attenzione sul modo in cui esso influisce sulla distinzione tra autore/titolare. Come osservato in precedenza, nel Rapporto si sottolinea per esempio che come conseguenza di tale distinzione, riconoscere il copyright non equivalga ad assicurare che i creatori di tali opere siano in grado di godere dei diritti morali e materiali loro corrispondenti. Da questa medesima distinzione tra autore/titolare deriva la preoccupazione ivi espressa sul modo in cui i diritti riconosciuti ad autori individuali finiscano nelle mani di società, spesso come conseguenza di negoziazioni contrattuali pregiudicate da uno squilibrio di poteri.

Ciò che il Rapporto non dice, tuttavia, è che la creazione di

²⁴ Si veda, per esempio, R.V. BETTIG, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*, cit.

diritti di proprietà privata sulla produzione culturale è parte di un sistema ideato per trasformare quei prodotti in investimenti dotati di liquidità, e che lo scopo di rendere la cultura – o qualsiasi altro bene – un bene liquido è quello di facilitare gli investimenti. In altre parole, il modo in cui il sistema è stato disegnato favorisce l'accumulazione di capitale da parte di coloro che sono meglio piazzati allo scopo di raccogliere i profitti di tale accumulazione. I soggetti che sono più in grado di raccogliere i profitti di questi beni liquidi rappresentati dal copyright sono le società impegnate nella produzione e distribuzione di prodotti culturali. Quando il sistema del copyright viene visto in questa luce, ci si potrebbe ragionevolmente domandare sulla natura dei «valori umani e sociali *inerenti* al diritto del copyright» (par. 60, corsivo mio) ai quali il Rapporto fa riferimento o della «funzione sociale e dimensione umana della proprietà intellettuale» (par. 90). È vero, ovviamente, che il sistema dei diritti d'autore deriva la sua giustificazione fondamentale dalla nozione secondo cui la personalità di un autore è radicata nell'opera²⁵, ma questa teoria dà soltanto una minima impronta al concetto anglo-americano di copyright attualmente dominante a livello internazionale²⁶. Quel concetto ha tradizionalmente giustificato l'allocazione di diritti monopolistici ai creatori e distributori di opere creative sulla base della considerazione che questi faranno da incentivo a una tale creazione e distribuzione. Ciononostante, l'operatività del sistema internazionale del copyright sembra dare la priorità all'accumulazione del capitale d'investimento piuttosto che ai "valori sociali" o alle "funzioni sociali".

Il fatto che il Rapporto abbracci l'idea che il sistema di diritti di proprietà privata del copyright abbia una dimensione "sociale e umana" è probabilmente il motivo per cui esso fondamentalmente sottostima la centralità dei sistemi societari di distribuzione nell'accumulazione di capitale ai fini della configura-

²⁵ Si veda, per esempio, J. HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, in *Georgetown Law Journal*, 77, 1988, pp. 287-366; J. WALDRON, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, cit.; W. FISHER, *Theories of Intellectual Property*, cit.

²⁶ Si veda J. GINSBURG, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, in *Tulane Law Review*, 64, 1990, pp. 991-1031.

zione dei diritti di copyright come beni dotati di liquidità. In esso si critica a ragione il ruolo degli attori societari nel funzionamento del sistema del copyright, incluso il loro ruolo nel dare forma alle leggi sul copyright a livello transnazionale. Tuttavia, sebbene il Rapporto sollevi delle preoccupazioni riguardo agli effetti della distinzione tra autore e titolare della proprietà del copyright, considerato come problema fondamentale legato al ruolo giocato dalle società nel sistema del copyright, esso manca di osservare quanto profondo sia questo problema. Esso descrive le società come se queste fossero divenute titolari di copyright in quanto destinatarie di un trasferimento (mediante cessione o licenza) degli interessi di copyright da parte di soggetti individuali, magari sulla base di un accordo concluso in condizioni di squilibrio di potere negoziale. Ciò che sembra non notare è che alle società di comunicazione e spettacolo che sono coinvolte sia nella produzione sia nella distribuzione dei prodotti culturali sono riconosciuti interessi di copyright su certe forme di prodotti culturali *come se esse ne fossero le autrici*. Cioè, non in quanto esse abbiano ricevuto una qualche forma di concessione o licenza da un individuo in presenza (o meno) di uno squilibrio di poteri, ma in quanto esse sono state riconosciute titolari di copyright per effetto di legge sin dall'inizio come se fossero esse stesse le autrici. Le società discografiche, non i musicisti, possiedono *sin dall'inizio* i diritti esclusivi sulle registrazioni musicali che costituiranno il prodotto distribuito commercialmente; in molte giurisdizioni le società cinematografiche possiedono, o possiedono congiuntamente con il regista, *sin dall'inizio* il copyright del film; le grandi società radiotelevisive possiedono il copyright sui loro programmi *sin dall'inizio*; gli editori possiedono il copyright sulla rappresentazione delle pagine delle opere da loro pubblicate (per stampa o in formato elettronico) *sin dall'inizio*.

Tutti questi diritti – nessuno dei quali viene menzionato nel Rapporto – sono in testa alle suddette grandi società *in quanto autrici*, ben prima che si cominci a discutere di altri diritti da acquisire potenzialmente mediante un trasferimento negoziale effettuato da individui in condizioni di squilibrio di potere contrattuale. A prescindere da ogni altra considerazione, ciò significa che i problemi relativi alla distinzione titolare/autore vanno in realtà molto più a fondo di quanto il Rapporto riconosca. Il

problema non è soltanto che il diritto del copyright accolga una distinzione tra autori e titolari, che tende a militare contro gli interessi degli autori. Piuttosto, in realtà, esso è connotato da una confusione tra questi due concetti, che porta alla difficoltà di identificare o generalizzare facilmente gli interessi dei cosiddetti “autori”. Quando nel Rapporto si afferma che «non si può assumere che i titolari di diritti societari siano portatori degli interessi degli autori» (par. 99), dal contesto è abbastanza chiaro che si stia facendo riferimento ad autori individuali. Ma tale affermazione rende anche chiaro che il Rapporto sottovaluta in che misura tali grandi società siano addentro al sistema del copyright – proprio perché non ne sono semplici titolari.

Guardando ai diritti umani come uno strumento per salvare il copyright da sé stesso, e noi dal copyright, si dovrebbe riconoscere che la dottrina dei diritti umani ha giocato un ruolo rilevante nel dare supporto al paradigma della proprietà intellettuale. Un argomento perenne – e nefasto – nel dibattito e nella dottrina sulla proprietà intellettuale è che l’art. 15, comma 1, lettera c) del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali fornisca una giustificazione, sulla scorta dei diritti umani, al riconoscimento di tutela alla proprietà intellettuale²⁷. Una tale tesi è particolarmente perniciosa ove sia accompagnata da argomenti a favore di un diritto umano alla proprietà. Come già osservato, l’infondatezza del primo argomento è riconosciuta dal Rapporto (par. 26-29). Tuttavia, il secondo argomento sembra al contrario essere accolto dal Rapporto (par. 52-54), che cita l’articolo 17, comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea come sua fonte. Tenendo a mente che la dichiarazione di cui all’art. 17, comma 2 sembra essere basata sull’articolo 15, comma 1, lettera c) del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali – al quale già il Rapporto aveva già negato il ruolo di fondamento per il riconoscimento delle tutele della proprietà privata nei confronti delle opere culturali e scientifiche – ciò risulta un po’ strano. Ma oltre a ciò, se ci troviamo obbligati ad accettare che questo cosiddetto diritto fondamentale alla proprietà sia un diritto umano,

²⁷ Per essere più chiari, alla tutela della proprietà intellettuale nella forma di un diritto di proprietà privata alienabile.

allora francamente va osservato che ciò finisce con il gettare ulteriore discredito sulla dottrina dei diritti umani nel suo complesso, già oggetto di critiche per il suo euro-centrismo, se non addirittura neo-colonialismo. In un mondo in cui il diritto internazionale dei diritti umani ha fatto così poco per proteggere l'immane novero di persone vittime di violazioni fondamentali dei più basilari diritti umani – per esempio il diritto alla vita –, può in alcun modo giovare alla dottrina dei diritti umani che una qualche sorta di rango o categoria equivalente ai diritti sia riconosciuta a forme di proprietà, le quali hanno giocato un ruolo centrale non soltanto nei processi capitalisti di accumulazione ma anche nel perfezionamento di tali processi in epoca neoliberale?

E in effetti probabilmente si può solo limitatamente fare affidamento al sistema dei diritti umani come metro per giudicare dei successi del sistema della proprietà intellettuale in relazione alla sua «funzione sociale e dimensione umana» (par. 90). Qui si potrebbe fare riferimento alla *vexatissima quaestio* della graduale scomparsa dei diritti al lavoro tra le questioni centrali del diritto dei diritti umani. Il Rapporto afferma che il copyright dovrebbe essere soltanto un elemento di un meccanismo giuridico a tutela del suo concetto di autori, da esso configurati come individui operanti nel settore della produzione creativa e culturale, e fa riferimento a quanto siano importanti in questo contesto le «tutele per un salario minimo» e «poteri di negoziazione collettiva» (par. 49). Tuttavia, in esso probabilmente si sottovaluta quanto tali diritti siano stati marginalizzati nella dottrina, e nel diritto, dei diritti umani²⁸. Ove il Rapporto dichiara che «le leggi in materia di copyright dovrebbero essere intese come parte di una più ampia categoria di politiche a promozione del settore culturale e del diritto alla scienza e alla cultura» (par. 49), non è chiaro se esso faccia riferimento al sistema del copyright o a una sua versione idealizzata ancora a venire. Soltanto questa seconda tesi risulta credibile. Fintantoché il copyright sarà costituito da un diritto di proprietà che funziona primariamente come strumento di investimento, esso rimarrà un potente veicolo

²⁸ Si veda, per esempio V. MANTOUVALOU, *Are Labour Rights Human Rights?*, in *European Labour Law Journal*, 3, 2012, pp. 3151-172.

di – essendone di fatto un esempio ideale – riproduzione della divisione lavoro/capitale, ove il lavoro dell'autore è separato dal capitale che ha a oggetto la proprietà. Forse dovremmo piuttosto preoccuparci del fatto che il diritto dei diritti umani abbia così poco da dire al riguardo.

4.2. Popoli indigeni

Un ulteriore notevole problema, derivante dall'affidarsi al metro offerto dal sistema dei diritti umani, consiste nella legittima preoccupazione che i diritti alla nostra eredità culturale, riconosciuti a noi tutti, e gli specifici diritti dei popoli indigeni a proteggere i diritti che fanno parte del loro patrimonio, non siano adeguatamente riconosciuti dal diritto dei diritti umani dominante. Per quanto concerne la relazione tra diritti di proprietà intellettuale e patrimonio culturale, la posizione speciale dei popoli indigeni è riconosciuta dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni (DDPI)²⁹. L'articolo 31, comma 1 del DDPI mira ad assicurare ai popoli indigeni il «diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale, il loro sapere tradizionale e le loro espressioni culturali tradizionali». Per ragioni che sono sicuramente da imputare alla storica e perpetuata ingiustizia inflitta ai popoli indigeni – inclusi gli spossessamenti forzati e le indebite appropriazioni delle loro terre e della loro cultura, oltre alla marginalizzazione e sottrazione di potere politico cui sono stati soggetti – il Rapporto accoglie l'approccio dell'articolo 31, comma 1. Esso inoltre reclama l'osservanza dei valori e dei principi incarnati nelle *Linee guida delle Nazioni Unite per la protezione del patrimonio dei popoli indigeni*³⁰, in particolare in relazione alle tesi che

la proprietà e la custodia del patrimonio dei popoli indigeni debbano continuare a essere collettiva, permanente e inalienabile; che il consenso libero e informato dei suoi proprietari tradizionali sia

²⁹ Risoluzione dell'Assemblea generale 61/295 (UN Doc. A/61/L.67 e Add.1), adottata il 13 settembre 2007.

³⁰ E/CN.4/Sub.2/1995/26.

condizione essenziale di ogni accordo avente a oggetto la registrazione, lo studio, l'utilizzo o la esposizione del patrimonio dei popoli indigeni; e che i popoli indigeni in questione siano i primi beneficiari dell'applicazione commerciale del loro patrimonio (par. 58).

Mentre nel Rapporto non si mette in alcun modo in questione la validità delle preoccupazioni sul trattamento dei popoli indigeni, che costituiscono il contesto in cui sia le *Linee guida delle Nazioni Unite per la protezione del patrimonio dei popoli indigeni* nel 1995, sia la DDPI nel 2007 furono adottate, ci si potrebbe chiedere se la sua adesione all'articolo 31, comma 1 del DDPI sia coerente con la posizione in generale assunta dal Rapporto, consistente nel rifiuto delle tesi secondo cui l'art. 15, comma 1 lettera c) del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (e/o l'art. 27, comma 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani) esigerebbe una tutela nelle forme dei diritti di proprietà privata. Analogamente, qualche dubbio potrebbe sollevarsi sul fatto che l'art. 31, comma 1, lettera c) sia coerente con l'idea di protezione del patrimonio culturale come diritto della comunità. E, su queste basi, anche sul fatto stesso che esso sia coerente con le medesime *Linee guida delle Nazioni Unite per la protezione del patrimonio dei popoli indigeni*, citate dal Rapporto. Qui il problema non sta solo nel fatto che una forma di protezione della proprietà privata rappresenta uno strumento intrinsecamente problematico di protezione di ciò che si afferma essere un diritto comunitario o collettivo³¹. Il problema si rintraccia anche nella circostanza che la protezione del patrimonio culturale dei popoli indigeni mediante lo strumento della proprietà privata, sviluppata in linea con un concetto di creatività portato avanti dagli ideali dell'Illuminismo europeo, potrebbe portare a conseguenze nello sviluppo di tale patrimonio deleterie per la sua tutela. Ciò in quanto un risultato di tale processo è che il patrimonio culturale in questione dovrà adeguarsi ad assumere le forme di un diritto della proprietà intellettuale occidentale³². Qua-

³¹ Non escludo la possibilità che un certo patrimonio culturale possa essere oggetto di diritti di proprietà privata in testa a soggetti che siano parte di una comunità indigena, ma non è questa la situazione alla quale intendo fare riferimento in questa sede.

³² M. BLAKENEY, *The Protection of Traditional Knowledge Under Intellec-*

lora l'oggetto facente parte del patrimonio culturale sia una storia, una musica o una opera d'arte, allora dovrà rientrare nelle forme del diritto di copyright; se si tratterà di simboli o design, dovranno rientrare in quell'intreccio infernale tra copyright, tutela del design e dei marchi registrati; le conoscenze in materia di flora e fauna locali dovranno adeguarsi in qualche modo al diritto dei brevetti, ai diritti dei selezionatori agricoli e alle indicazioni geografiche. Ciò significa che diversi livelli di tutela troveranno applicazione in relazione a diversi tipi di patrimonio culturale indigeno. In breve, ottenendo come risultato che il diritto occidentale della proprietà intellettuale si troverà a dare forma al patrimonio culturale indigeno (e di altri soggetti non occidentali)³³. In questo modo potrebbe prodursi l'effetto di una modifica delle forme di quel patrimonio secondo modalità che non saranno necessariamente risultato della pratica culturale riflessiva che ne è fondamento. In generale, mi sembra discutibile che i diritti di proprietà intellettuale possano mai ottenere, o ci si possa attendere che ottengano mai, ciò che era stato previsto dalle *Linee guida delle Nazioni Unite per la protezione del patrimonio dei popoli indigeni*³⁴.

Nel paragrafo 56 del Rapporto si dichiara (senza pietà) che «i regimi di proprietà intellettuale hanno storicamente fallito nel prendere in considerazione gli interessi specifici dei popoli indigeni». A questo riguardo, suggerisco che il diritto della proprietà intellettuale non si ritrova a essere il solo. Lo stesso si potrebbe probabilmente osservare a ragione di tutto il diritto internazionale di epoca post-coloniale. Ciò in quanto gli «interessi specifici dei popoli indigeni» sono, per definizione, legati al fatto che questi costituiscono una formazione politica che non è riconosciuta come Stato dal diritto internazionale.

tual Property Law, in *European Intellectual Property Law Review*, 22, 2000, pp. 251-261.

³³ P. FITZPATRICK-R. JOYCE, *Copying Right: Cultural Property & the Limits of (Occidental) Law*, in F. MACMILLAN (a cura di), *New Directions in Copyright Law: Volume 4*, Edward Elgar, Cheltenham 2007, pp. 169-190.

³⁴ Si veda F. MACMILLAN, *The Problematic Relationship between Traditional Knowledge and the Commons*, in S. PINTON-L. ZAGATO, *Cultural Heritage: Scenarios 2015-2017*, University Ca' Foscari Press, Venice, 2017, pp. 675-692.

Di conseguenza non è loro riconosciuta auto-determinazione a livello interno e sono stati esclusi dai processi di formazione del diritto internazionale, inclusa la formazione del diritto internazionale in relazione alla proprietà intellettuale e in relazione alla cultura e al patrimonio culturale. In queste circostanze, è giusto e appropriato che la comunità politica e la regolamentazione giuridica internazionale prenda sul serio le loro ben fondate pretese di autodeterminazione politica e culturale. Il fatto che potremmo mostrarci pronti a concedere loro quest'ultima (che ad ogni modo fa pienamente parte della prima), ma non la prima, non può in alcun modo costituire una risposta adeguata.

4.3. Il patrimonio culturale più in generale

Dunque, volgendo uno sguardo nuovamente ai termini adottati dalle *Linee guida delle Nazioni Unite* nel 1995, non dovremmo essere tutti preoccupati del fatto che il nostro patrimonio non sia “collettivo, permanente e inalienabile”, che non ci sia riconosciuta l'opportunità di acconsentire alla “registrazione, studio, utilizzo o esposizione” del nostro patrimonio? Come osservato in precedenza, è nostro dovere prendere in considerazione la specifica posizione nella storia occupata dai popoli indigeni, ma ciò non deve renderci ciechi innanzi al fatto che non soltanto ai popoli indigeni è riconosciuto, o dovrebbe essere riconosciuto, un diritto al godimento del proprio patrimonio³⁵. Uno dei risultati più strani, testimoni di quanto il sistema della proprietà intellettuale abbia impregnato la vita (quantomeno) dell'Occidente, va rintracciato nella nostra accettazione, come osservato da Slaughter, di uno stato di cose nel quale noi del nord globale abbiamo (soltanto) la proprietà intellettuale, mentre il resto del mondo ha (soltanto) la proprietà culturale:

La distinzione tra proprietà culturale e intellettuale generalmente è stata (ancora una volta) tracciata sulla linea di divisione tra il

³⁵ Su questo si veda ancora F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit.

mondo sviluppato e quello in via di sviluppo, portandosi dietro una lunga serie di vecchie e familiari dicotomie di stampo orientalistico: individuale in contrapposizione a collettivo, proprietà personale in contrapposizione a beni comuni a un gruppo, conoscenza formale in contrapposizione a informale, e così via. Di conseguenza, noi occidentali produciamo spontaneamente e all'origine proprietà intellettuale; gli altri, nel resto del mondo, possiedono una ricca (anche se probabilmente ingombrante) eredità collettiva di patrimonio culturale e di conoscenze tradizionali che costituiscono, in linea con questa logica, parte delle ragioni che trattengono queste società a un livello di sottosviluppo³⁶.

Slaughter sostiene che il resto del mondo soffre non soltanto in relazione a quanto questo patrimonio sia ingombrante, ma anche a causa della mancanza di prestigio associata a questo stato di cose. Vale anche la pena di osservare quanto questa visione impoverisca culturalmente il nord globale. E, assumendo che in effetti noi possediamo un certo patrimonio/proprietà culturale, dovremmo davvero accontentarci dell'idea che quando elementi del nostro patrimonio si trovino a essere privatizzati dalle grandi società della comunicazione e dello spettacolo, ci toccherà pagare per goderne, utilizzarli o riutilizzarli, con il risultato che grandi società saranno i "beneficiari primari dell'uso commerciale" del nostro patrimonio (si veda Rapporto, par. 58)? Riteniamo che ciò sia giusto perché noi del nord globale siamo tutti parte di una unica (sebbene non felice) comunità? L'idea implicita che il diritto mi veda come membro di una comunità insieme a Disney, cosicché non sorgerà alcun problema allorché Disney privatizzi un patrimonio culturale collettivo per i suoi profitti privati, mi sembra al contrario che costituisca un elemento abbastanza problematico³⁷.

³⁶ J.R. SLAUGHTER, *Form & Informality: An Unliterary Look at World Literature*, in R. WARHOL (a cura di), *The Work of Genre: Selected Essays from the English Institute*, English Institute in Collaboration with the American Council of Learned Societies, New York 2011, pp. 198-199 (note omesse).

³⁷ Su patrimonio culturale e comunità, si veda F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit., in particolare il cap. 4.

5. Conclusione: il ritrovamento di meno corpi

Quali sono in concreto i modi con i quali mediante il diritto si può opporre resistenza al dominio che la proprietà intellettuale esercita sugli spazi e sui discorsi della produzione culturale, e ai suoi effetti potenzialmente distruttivi sul patrimonio culturale e sulla comunità? Una strategia che potrebbe contrastare alcuni degli effetti deleteri del regime del copyright discussi in questo articolo sarebbe quella di guardare al regime Unesco della protezione del patrimonio culturale. Ma tale regime offre ben poco in termini di resistenza. Ostaggio dal punto di vista concettuale di un sistema organizzativo che è grandemente indebitato alle influenze del diritto della proprietà occidentale, impanatanato negli stessi tipi di distinzioni – tra materiale e immateriale, mobile e immobile, autentico e falso, natura e cultura – che stanno alla base del sistema della proprietà intellettuale, sembra offrire poche speranze. Quantomeno nelle sue manifestazioni del XXI secolo, è pieno di fioriti proclami in materia di diritti umani e cultura, ma per quanto riguarda l'unica seria protezione giuridica che potrebbe offrire ai processi di produzione culturale, la protezione dalla privatizzazione, si tratta di una delle poche questioni sulla quale tale sistema non dice quasi nulla³⁸.

Piuttosto che cercare una via di salvezza nel poco promettente terreno delle Convenzioni Unesco, si è focalizzata l'attenzione sui sistemi dei diritti umani, e in particolare sui diritti culturali, come possibile contrappeso a, o limite, al potere del sistema della proprietà intellettuale³⁹. Invocare i diritti culturali

³⁸ Per un dettagliato resoconto del sistema Unesco sulla protezione del patrimonio culturale e la sua capacità di resistenza al sistema della proprietà intellettuale, si veda F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit., in particolare i capp. 3 e 5.

³⁹ Si veda F. MACMILLAN, *Development, Cultural Self-Determination and the World Trade Organization*, in A. PERRY-KESSARIS, *Law in the Pursuit of Development: Principles into Practice?*, Routledge, Oxford-New York 2009, pp. 68-96; F. MACMILLAN, *Copyright policy and the right to science and culture – Report 2015 (A/HRC/28/57/)*, cit.; J. KÄLL, *Patent policy and the right to science and culture – Report 2015 (A/70/279)*, in H. PORSDAM-L. BELDER (a cura di), *Negotiating Cultural Rights: Issues at Stake, Challenges and Recommendations*, Ashgate, Farnham, 2017, pp. 181-198; H. PORSDAM, *The*

in questo contesto ha un potere argomentativo significativo nel porre l'attenzione sulla politica economica del copyright. Come mostrato dal Rapporto dello *Special Rapporteur sui Diritti culturali in materia di politica del copyright e diritto alla scienza e alla cultura*, uno specifico contributo dell'approccio dei diritti culturali è stato quello di generare linee di pensiero feconde su come i diritti della proprietà intellettuale potrebbero essere ridisegnati allo scopo di realizzare la promessa dei diritti culturali. Nel contesto del copyright, ciò include le proposte di diritti d'autore che siano in linea con quanto richiesto dall'art. 15, comma 1, lettera c) del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, cioè che ogni persona «god[a] della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore», evitando di rendere l'autore l'ingranaggio di un sistema internazionale di accumulazione del capitale⁴⁰.

Tuttavia, è da vedere quanto lontano ci si possa spingere puntando sui diritti culturali così come attualmente incardinati nel sistema internazionale, cioè uno degli elementi della triangolazione di cui fanno parte anche il diritto della proprietà intellettuale e il diritto del patrimonio culturale. Oltre al fatto che essi sono elemento integrante di sistemi di pensiero e tradizioni occidentali, i quali hanno generalmente spinto il dominio occidentale sui prodotti culturali, la scomoda verità è che essi non hanno frenato l'accumularsi, facilitato dal copyright, di poteri societari sulla produzione culturale⁴¹. Inoltre essi hanno avuto un effetto limitato sulla forma e il contenuto del regime internazionale di disciplina del patrimonio culturale. Tuttavia, dovrebbe essere riconosciuto che, riguardo al regime di disciplina del patrimonio culturale, le convenzioni Unesco di questo secolo mostrano l'influenza della dottrina dei diritti umani, e in particolare dei diritti culturali. Anche se queste convenzioni aderiscono a un sistema in cui le questioni dei diritti culturali non

Transforming Power of Cultural Rights: A Promising Law and Humanities Approach, Cambridge University Press, Cambridge 2019.

⁴⁰ Si veda per esempio H. PORSDAM, *The Transforming Power of Cultural Rights: A Promising Law and Humanities Approach*, cit., cap. 6.

⁴¹ Si veda anche B. IVEY, *Arts, Inc: How Greed and Neglect Have Destroyed Our Cultural Rights*, University of California Press, Berkeley 2010.

hanno avuto grande influenza, si tratta di uno sviluppo da accogliere a braccia aperte. Ciò mostra che la dottrina dei diritti culturali può aprire la via a opportunità politiche di contestazione quantomeno in relazione ad alcune parti del sistema. Tuttavia, si vedrà in che misura i diritti culturali potranno superare le imponenti barriere che nel sistema del diritto internazionale hanno protetto la proprietà intellettuale da un suo scrutinio⁴². Ancora una volta, si può ammettere che la dottrina dei diritti culturali abbia avuto un impatto sul sistema della proprietà intellettuale, ma soltanto secondo quella modalità perversa per cui essi sono stati usati allo scopo di rafforzare la tesi che il copyright sia un diritto di proprietà fondamentale.

Affinché le idee di liberazione tratte dalla dottrina dei diritti culturali producano qualche effetto, queste dovranno divenire parte integrante del regime giuridico che governa la produzione culturale. Non possono essere seriamente viste come strumenti di opposizione, o contrappeso, al copyright. Che valore potrebbe darsi, per esempio, a un sistema di diritti d'autore che si sviluppi a partire dalla dottrina dei diritti culturali qualora fosse semplicemente un contrappeso a un meccanismo di accumulazione del capitale così efficacemente gestito dal sistema copyright? La dottrina dei diritti culturali deve andare al cuore del copyright e cambiarlo dal suo interno. Allo scopo di ottenere questo risultato dobbiamo trovare dei concetti che ci consentano di organizzare e istituzionalizzare i tipi di approcci suggeriti dalla dottrina dei diritti culturali. Dobbiamo trovare un sistema di regolamentazione della produzione culturale che resista alla trasformazione di ogni cosa in proprietà privata, che opponga resistenza a una cultura del mercato che trasforma la produzione culturale in un luogo di accumulazione del capitale, e che contrasti il continuato dominio post-coloniale messo in atto dal nord globale.

Senza un simile cambiamento nel sistema di regole nel suo complesso, risalire la corrente con l'idea di prevenire le disastrose conseguenze del sistema del copyright, mediante l'applicazione

⁴² Sul panorama diviso del sistema del diritto internazionale, si veda ancora F. MACMILLAN, *International Economic Law and Public International Law: Strangers in the Night*, cit.; e F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, cit., capp. 1 e 3.

cazione dei concetti dei diritti umani, non porterà ad alcun risultato. Già ci è noto che il sistema dei diritti umani e culturali è stato incapace di contrastare la mercificazione della cultura compiuta dal copyright. Ma, forse, è giunto il momento di dare conto del fatto che il problema non risiede soltanto nel sistema del copyright. Dobbiamo riconoscere che il sistema dei diritti umani, e nella sua specifica manifestazione di insieme di diritti culturali, rappresenta anch'esso un elemento essenziale di una più ampia macchina del diritto internazionale a promozione del dominio capitalista occidentale. I diritti umani sono un bel sogno, ma trascorsi oltre cinquant'anni da quando il regime dei diritti umani è stato messo in piedi nel secondo dopoguerra, dovremmo avere ben compreso che la loro vita reale li vede non soltanto privi di effetti ma anche a volte complici di un sistema sbagliato.

LA NATURA DEI DIRITTI UMANI E IL LORO FONDAMENTO

di *Francesco Viola*

Sommario:

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

1. Fondazione teorica o pratica?

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

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

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

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

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

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

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

2. I diritti umani e il processo di positivizzazione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. I diritti umani come diritti naturali

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. I diritti umani come diritti istituzionali

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. I diritti umani come pratica sociale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I DIRITTI UMANI E LO *IUS GENTIUM* DEL NOSTRO TEMPO

di Isabel Trujillo

Sommario:

1. Cos'è lo *ius gentium* e qual è la sua storia. – 2. L'universalità dello *ius gentium* e dei diritti umani. – 3. Diritti umani e diritto naturale. – 4. Quale consenso per i diritti umani?

La tesi secondo cui i diritti umani sono una pratica sociale, con una agenda specifica, con una sua propria storia originata dalla consapevolezza di estreme iniquità avvenute in un tempo determinato in violazione della dignità umana, apre la strada alla considerazione dei diritti umani come parte dello *ius gentium* del nostro tempo. Al fine di mettere alla prova questa idea è necessario mostrare preliminarmente cos'è lo *ius gentium* e quale ruolo gioca nella pratica giuridica anche ai giorni nostri. Esso sembra essere invece un fenomeno del passato, anche se torna ciclicamente nel dibattito giuridico come una categoria utile a comprendere cambiamenti e trasformazioni del diritto¹.

¹Vi sono molte ricerche sui differenti aspetti di quello che potrebbe essere ritenuto lo *ius gentium* del nostro tempo: nel diritto commerciale internazionale (W. WIRT HOWE, *Jus Gentium and Law Merchant*, in *The American Law Register*, 41, 1902, pp. 375-393), nell'uso del diritto straniero nelle sentenze delle corti costituzionali (J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, in *Harvard Law Review*, 119, 1, 2005, pp. 129-147), nella forma di una teoria internazionale della giustizia, J. RAWLS, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1999. Una introduzione a diversi aspetti della presenza dello *ius gentium* in H.C. CLARK, *Jus Gentium – Its Origin and History*, in *Illinois Law Review*, 14, 4, 1919, pp. 243-265 e 341-355. Più di recente, cfr. S. ZADOROZHNA, *Jus gentium and the primary prin-*

Non si tratta dunque di recuperare una categoria storica che ovviamente non può tornare. Ma di riflettere sulla giuridicità dei diritti umani anche alla luce di un diritto che è *ius gentium* e non solo diritto civile o diritto naturale.

L'ipotesi di partenza è che lo *ius gentium* esprima la dinamica basilare della coordinazione secondo giustizia e per questo la sua presenza sia particolarmente evidente nei momenti di trasformazione del diritto, per poi tornare sullo sfondo in altre congiunture, soprattutto nelle epoche di consolidamento e formalizzazione degli ordinamenti. Anche la formalizzazione è importante per il processo di positivizzazione del diritto. Il presupposto di questa riflessione è infatti che la positività del diritto non sia da intendere come una qualità on/off, ma come un processo dinamico².

Anche quando resta sullo sfondo lo *ius gentium* non scompare completamente perché costituisce parte della stessa tessitura del diritto come pratica sociale e ne alimenta lo sviluppo. Lo *ius gentium* è una risposta all'esigenza di coordinazione sociale o alle condizioni alle quali realizzare tale coordinazione. Ad attivare l'articolazione giuridica di regole e procedure sono specifiche istanze sociali di giustizia (interazioni che richiedono garanzia ed eguaglianza), provenienti dal basso, cioè dagli stessi agenti sociali, che sono i veri protagonisti della produzione del diritto. La stessa formulazione in termini giuridici è già una risposta a tali istanze. In momenti di crisi o di trasformazione il diritto delle genti torna a svolgere un ruolo determinante nell'adattamento della pratica giuridica alle mutate esigenze attraverso meccanismi di tentativi ed errori, che portano a regole comuni.

Come in un laboratorio di giuridicità, solo alcune delle migliori risposte alle istanze sociali – oggi risulta familiare il riferimento alle *best practices* – resisteranno e progrediranno verso forme consolidate di diritto una volta messe alla prova, anche alla luce delle esigenze del *rule of law*. Entrambi gli aspetti, sia il contatto originario con effettive istanze sociali di giustizia, sia la formalizzazione secondo schemi tipici, sono necessari per il dirit-

ciples of international law, in *European Journal of Law and Public Administration*, 6, 2, 2019, pp. 157-166.

² Questa tesi applicata ai diritti umani è l'oggetto del saggio di Francesco Viola in questo volume.

to. Un diritto che perdesse le sue radici in specifiche dinamiche sociali e un diritto che non raggiungesse un sufficiente livello di formalizzazione potrebbero ritenersi imperfetti e difettosi. Parlare del diritto delle genti significa in sostanza addentrarsi nella comprensione della dinamica giuridica in prospettiva evolutiva, e per questo è interessante il riferimento alla pratica dei diritti umani, che sono senz'altro un fenomeno giuridico nuovo rispetto al passato. Lo *ius gentium* potrebbe aiutare a comprendere meglio in cosa consiste la loro giuridicità.

Al fine di mettere alla prova l'ipotesi del lavoro occorre testare alcuni dei caratteri classici dello *ius gentium* e identificarne la natura e la finalità. Questo compito può essere svolto dalla parte dei diritti umani oppure in sequenza, prima trattando dello *ius gentium* e poi osservando se e come quello che conosciamo come pratica dei diritti umani può essere inquadrato nel fenomeno più ampio del diritto delle genti. Qui si rifletterà prima su alcune delle problematiche storicamente riferite allo *ius gentium* e in seguito si tratterà dei suoi caratteri distintivi in un confronto con i diritti umani.

Si possono comunque anticipare già due tesi. La prima è che i diritti umani non coprono interamente l'area di ciò che può essere identificato come *ius gentium* nel nostro tempo, ma una sua parte importante, relativa al trattamento degli esseri umani. Insomma, i diritti umani non sono tutto lo *ius gentium* del nostro tempo. La seconda anticipazione è che – poiché lo *ius gentium* è da riferire al diritto nel senso oggettivo del termine – il confronto con i diritti umani può avvenire a partire dalla loro considerazione come pratica sociale, strutturata in norme e istituzioni e caratterizzata da una finalità complessiva (molto genericamente, la protezione degli esseri umani), piuttosto che identificare i diritti come una lista più o meno lunga di pretese da rivendicare o considerarli come una teoria o una ideologia da proiettare sul diritto. I diritti umani sono espressione e strumenti di un programma d'azione giuridico e occorre guardare alla loro agenda per comprenderne la natura giuridica, come pure distinguerli da altre esperienze storiche accomunate magari dall'uso del vocabolario dei diritti, ma diverse dalla nostra per il contenuto del progetto³.

³Ne sono esempio la riforma degli stati in senso liberale e welfarista per conto del liberalismo classico (S. MOYN in questo volume), oppure,

1. Cos'è lo *ius gentium* e qual è la sua storia

Se esiste uno *ius gentium*, si tratta di un diritto applicabile a tutti o quasi tutti i popoli, in altre parole, un diritto in linea di principio universale. Cicerone è il primo a fornire una concettualizzazione particolareggiata di questo diritto che i giuristi romani distinguevano dal diritto naturale e dal diritto civile. Egli lo distingue anche sia dalle leggi della natura, sia dal diritto scritto e consuetudinario. La sua universalità dipende dal suo essere un patrimonio giuridico di civiltà. Cicerone è infatti il primo ad indicarlo come un diritto dei popoli civilizzati, in quanto da esso sono esclusi i popoli che assecondano la loro animalità e rifiutano di costruire a partire dalla natura razionale degli esseri umani⁴, caratterizzata dalla razionalità, dal linguaggio, dal discorso. Il diritto delle genti è espressione precisamente della razionalità e della discorsività umane.

Gaio lo distingue soprattutto dal diritto civile. Mentre il diritto delle genti è quello che la ragione naturale ha stabilito tra gli uomini e quindi è valido per tutti o quasi tutti, il diritto civile è quello che ciascun popolo ha stabilito per sé⁵, anche se molto del contenuto dello *ius gentium* si trova nello *ius civile* (ma non varrebbe l'opposto, cioè che quello che c'è nel diritto civile sia anche nel diritto delle genti). Al diritto delle genti appartengono i principi del *pacta sunt servanda*, della buona fede, *inadimplenti inadimplendum* e molti altri che esprimono una sorta di grammatica giuridica di base, costanti nella storia del diritto, capaci di promuovere stabili e giuste interazioni sociali. Evidentemente, questi principi sono stati arricchiti anche da contributi diversi da quelli del diritto romano⁶.

andando a ritroso, disegni imperialistici e coloniali europei (cfr. il contributo di M. KOSKENNIEMI in questo volume).

⁴ Cicerone, *De Officiis*, Libro III, §23. Una raccolta e un esame esaustivo dei testi ciceroniani in W.E. CONKLIN, *The Myth of Primordialism in Cicero's Theory of Jus Gentium*, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 3, 2010, pp. 479-506.

⁵ *Digesto*, 1, 1, 1, 9.

⁶ È stato sostenuto in questa linea che lo *ius gentium* è alla base della possibile armonizzazione anche dei diritti privati europei, contro l'impresa di "statizzazione" del diritto che i codici hanno introdotto. Cfr. G. IUDI-

Ulpiano, che chiamerà diritto naturale ciò che la natura ha insegnato a tutti gli animali, come l'unione tra il maschio e la femmina nel matrimonio, la procreazione e l'allevamento dei figli⁷, non cambierà la sostanza perché il diritto delle genti sarà inteso come quello proprio della natura *umana*. Secondo altri giureconsulti il diritto delle genti, pur accogliendo norme del diritto naturale, si distingue da quest'ultimo come un diritto comune a tutte le genti ma che loro stesse hanno costituito. Si tratta dunque di un diritto nella storia, che emerge nel cammino della civiltà, come una creazione comune dei popoli. Dal diritto delle genti, dice Ermogeniano, sono state introdotte le guerre, separate le nazioni, fondati i regni, distinte le proprietà, apposti i confini ai fondi, collocati gli edifici, riconosciute le vendite, le locazioni, le obbligazioni, eccettuate alcune che sono riconosciute dal diritto civile⁸.

Sulla base di questi contributi sembra potersi dire che il diritto civile sia da individuare in via residuale rispetto al diritto delle genti, cioè come una sorta di diritto "speciale" perché voluto da e diretto esclusivamente ad una comunità. Il diritto delle genti invece tende ad estendere la sua validità oltre i confini. Proprio quando va oltre i confini è più evidente come esso non sia oggetto di produzione di questa o quella comunità, ma piuttosto sia da rintracciare in tradizioni convergenti di popoli diversi. Questa caratteristica rende il diritto delle genti un buon paradigma per distinguere diritto e politica. D'altra parte, esso non va però identificato semplicemente con il diritto consuetudinario, anche se per le sue caratteristiche il diritto consuetudinario è più affine al diritto delle genti del diritto legislativo.

La sua estensione oltre i confini è la ragione per cui lo *ius gentium* è stato in epoca moderna riportato al campo internazionale, anche se come si è visto esso aveva a che fare anche

CA, *Nostalgia dei principi generali del diritto comune nell'Europa di fine millennio*, in AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano (4-6 giugno 1992)*, Giuffrè, Milano 1993, vol. II, pp. 459-473. L'autore lo riallaccia allo *ius commune*: la sapienza giuridica romana, arricchita dalla sensibilità cristiana e dall'introduzione di principi franco-germanici (p. 466).

⁷ *Digesto*, 1, 1, 1, 4.

⁸ *Digesto*, 1, 1, 1, 5.

con le relazioni tra privati (contratti, obbligazioni, proprietà) e con il diritto domestico in generale. Si suole ritenere che la progressiva identificazione dello *ius gentium* e del diritto internazionale – fino all'apparente dissoluzione del primo nel secondo in epoca successiva – iniziò quando Francisco de Vitoria declinò l'idea del diritto delle genti come un diritto *inter gentes*. Tuttavia, egli lo riteneva il diritto della comunità universale o *communitas orbis* che il genere umano è chiamato a costituire, dotata da un'autorità immanente che attraverso il consenso è produttrice di regole eguali per tutti⁹. Sarà più tardi, con Alberigo Gentili, Hugo Grozio, Samuel Pufendorf, Emer de Vattel, in un'epoca in cui gli Stati si stavano consolidando come attori esclusivi anche del diritto nelle relazioni internazionali (secondo quello che viene indicato come il paradigma di Westphalia), che lo *ius gentium* si trasformerà nella prima forma del moderno diritto internazionale. Da Grozio in poi, in effetti, quando si parla di diritto delle genti si tende a lasciare da parte il diritto tra i privati, per considerare soltanto i rapporti tra gli Stati. Con questo sviluppo, nondimeno, lo *ius gentium* è stato doppiamente ridotto perché, per un verso, ha perduto rilevanza per le relazioni tra privati e per il diritto domestico, e, per altro verso, si è smarrito il valore che ha per la comunità internazionale nella sua interezza. Paradossalmente, cioè, nello stesso momento in cui lo *ius gentium* dà luogo al diritto internazionale moderno, si sono verificate le condizioni per la sua eclissi.

Un importante punto della problematica dello *ius gentium* concerne le relazioni tra il diritto naturale e il diritto delle genti. La tripartizione del diritto in *ius gentium*, *ius naturale* e *ius civile* suggerisce chiaramente che essi non coincidano, anche se la questione del carattere positivo o naturale dello *ius gentium* è stata l'oggetto di discussioni senza fine soprattutto in epoca medievale. Effettivamente, in Tommaso d'Aquino la questione non è chiara. Egli talvolta insiste sul carattere positivo del diritto delle genti, composto da leggi umane, che però sono conclusioni

⁹Vitoria parla di una comunità internazionale con una autorità immanente nel creare leggi universali ed eguali per tutti. I suoi principali lavori sono consultabili in F. DE VITORIA, *Relectiones Theologicae XII* (2018 [1557]), in *The School of Salamanca. A Digital Collection of Sources*, <http://id.salamanca.school/text/W0013>.

tratte dai principi di diritto naturale, per poi sostenere che il diritto positivo si commisura all'essere umano non per conclusioni ma attraverso patti, siano essi privati o pubblici. Ovviamente il diritto delle genti non può essere positivo e allo stesso tempo derivare come conclusione logica dal diritto naturale¹⁰. Il dato interessante è però che per lui il diritto delle genti è necessario perché il diritto naturale non è sufficiente a guidare la condotta umana¹¹. Più tardi, Francisco de Vitoria sosterrà che lo *ius gentium* è un diritto più positivo che naturale¹². Queste posizioni ambigue sembrano spiegarsi per l'obiettivo di mantenere un collegamento con il diritto naturale, ma valorizzando allo stesso tempo la positività del diritto, una positività che è frutto del consenso, di una adesione almeno implicita. Sarà Francisco Suárez a sostenere chiaramente che il diritto delle genti è introdotto liberamente dalla volontà umana e assunto per consuetudine da tutte o quasi tutte le nazioni, presso le quali si diffonde tramite propagazione e imitazione¹³, cioè più per diffusione e adesione che per imposizione. Questa descrizione del diritto delle genti lo rende problematico nella prospettiva delle teorie stataliste e sanzionatorie del diritto. Quando si individuano gli elementi distintivi del diritto nella volontà di una autorità politica e nella forza pubblica legittimata, il diritto delle genti appare difettoso. D'altra parte, esso è un buon punto di osservazione per tutti quei fenomeni che presentano una positività variabile, come è il caso del *soft law*.

La distinzione tra diritto naturale e diritto delle genti aveva per i giuristi antichi e medievali una forte rilevanza in vista

¹⁰ I due passi fondamentali si trovano nella *Summa Theologiae*, e sono I-II, q. 95, a. 3 e II-II, q. 57, a. 3. Il problema sta credo nell'idea di conclusione logica tipica del ragionamento teorico-deduttivo, per il quale ciò che è nelle conclusioni deve essere nelle premesse. Sarebbe opportuno domandarsi se ciò vale *sic et simpliciter* anche per il ragionamento pratico.

¹¹ Si veda il contributo di A. BRETT in questo volume.

¹² F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, edición preparada por Vicente Beltrán de Heredia, Biblioteca de Teólogos españoles, Salamanca 1934, vol. III.

¹³ F. SUAREZ, *De Legibus* L. 2, cap. XVII (in italiano *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, a cura di O. De Bertolis e F. Todescan, Cedam, Milano 2010, p. 282).

dell'identificazione dell'origine delle diverse istituzioni giuridiche e, di conseguenza, dei loro limiti. Il diritto delle genti ha un rapporto con le esigenze della giustizia – il diritto naturale –, ma il suo contenuto è problematico nel momento in cui si verifica il contatto con la realtà. Si tratta di diritto positivo che può cambiare ed evolversi come il diritto positivo usa fare, ma che è da riferire ad esigenze di giustizia. Esso stesso è portatore di una comune comprensione di quello che è giusto secondo il diritto. *Ius gentium* e diritto naturale non si sovrappongono, ma sono collegati l'uno all'altro. In particolare, il diritto delle genti deve o dovrebbe essere coerente con il diritto naturale.

Jeremy Waldron, nel suo famoso articolo sull'uso di richiamare il diritto straniero nella giurisprudenza domestica come una delle forme emergenti dello *ius gentium* nel nostro tempo, spiega che la differenza tra quest'ultimo e il diritto naturale è che il diritto delle genti non è un insieme di idee o teorie sulla giustizia da applicare al diritto positivo, come tipicamente molti tendono a concepire il diritto naturale (soprattutto nella prospettiva del giusrazionalismo). Piuttosto lo *ius gentium* è una conquista del diritto nella storia, un patrimonio di esperienze e intuizioni su ciò che è giusto, come un bagaglio costruito nel tempo¹⁴. In questo senso, lo *ius gentium* può essere correttamente indicato come una comune legge di civiltà¹⁵. Il suo essere radicato nella storia però fa sì che talvolta lo *ius gentium* possa andare contro la giustizia o le sue determinazioni siano insoddisfacenti dal punto di vista della giustizia. Proprio questa fallibilità è alla radice della preferenza di alcuni giuristi, soprattutto razionalisti, per il diritto naturale a discapito dello *ius gentium*¹⁶.

¹⁴ J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, cit.

¹⁵ J. MARITAIN, *La loi naturelle ou loi non écrite*, Editions Universitaires, Fribourg 1986, p. 54.

¹⁶ Nel suo ultimo libro sulla tradizione cosmopolita questa sembra essere la spiegazione che Nussbaum offre per chiarire la preferenza di Hugo Grozio per il diritto naturale e le critiche che egli dirige allo *ius gentium*: la sua dipendenza dalle ragioni storiche e culturali. L'autrice sembra condividere con Grozio l'idea che il diritto naturale sia una teoria morale in senso stretto, mentre precisamente perché una forma di diritto, anche se in senso analogico, il diritto naturale si dovrebbe distinguere dalle teorie morali, o al limite dovrebbe essere considerato la teoria morale del diritto

2. L'universalità dello *ius gentium* e dei diritti umani

Dai suoi inizi nel diritto romano, lo *ius gentium* ha a che fare con elementi di estraneità. Lo *ius gentium* era amministrato dal *praetor peregrinus* tra peregrini (stranieri) o tra romani e stranieri, una figura creata in seguito alla conquista della Sicilia, soprattutto nella parte occidentale, occupata dai fenici. La sua funzione era quella di rendere possibile l'interazione giuridica tra cittadini e non cittadini. Questo compito richiedeva che il *praetor peregrinus* fosse capace di semplificare le regole e le formule del diritto civile, in modo da renderle accessibili a chi non era parte della città, ammorbidendo le forme eccessive del diritto romano e preferendo la sostanza. Per questa ragione, anche i romani arrivarono a scegliere di risolvere i loro conflitti secondo lo *ius gentium*. Si tratta cioè di un diritto non talmente determinato dal punto di vista locale, culturale, politico, da consentirne l'uso a tutti. Questa sua caratteristica si può ritenere allo stesso tempo amplificata e ridotta quando lo *ius gentium* diventò un corpo di norme per governare le relazioni tra gli Stati. Amplificata perché riguardava tutti o quasi tutti gli Stati, e ridotta perché si limitava agli attori statali. Ma l'universalità dello *ius gentium* va dal tentativo di interagire con un partner estraneo fino a raggiungere una sfera di universale influenza, potenzialmente un diritto per tutta l'umanità. Questo era infatti quanto si voleva indicare con l'idea della *communitas orbis*. Ovviamente, più importanza si dà agli Stati e alle relazioni interstatali, meno si riconosce l'universalità trasversale dello *ius gentium*.

Alcuni autori sostengono l'idea che solo in seguito all'ultimo dopo guerra si siano date di nuovo le condizioni per una vera legge delle nazioni del tipo dello *ius gentium*. L'elemento decisivo per il suo revival sarebbe l'esistenza dello *ius cogens*, le norme imperative, universali e non derogabili per la comunità internazionale nel suo complesso¹⁷. Come è noto, l'idea veicolata

per eccellenza o più semplicemente la moralità del diritto. M.C. NUSSBAUM, *The Cosmopolitan Tradition: A Noble but Flawed Ideal*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. 2019, pp. 113-118.

¹⁷ T.E. BOUDREAU, *The Modern Law of Nations: Jus gentium and the Role of Roman Jurisprudence in Shaping the Post World War II International Order*, in *The Digest National Italian American Bar Association Law Journal*, 20, 2012,

dallo *ius cogens* è che vi sia un contenuto giuridico che obbliga tutti gli Stati e che si sottrae alla loro volontà. Tuttavia non sarebbe corretto assimilare *ius cogens* e *ius gentium*. Sicuramente il diritto internazionale contemporaneo è più simile al classico *ius gentium* di quanto lo fosse il diritto internazionale secondo il modello pattizio di Westphalia, cioè un diritto senza *ius cogens*. Quest'ultimo ridimensiona il carattere pattizio del diritto internazionale. Le sue norme imperative indicano finalità comuni a tutta la comunità internazionale, delle quali alcune concernenti la protezione dei diritti, anche se vi sono ulteriori obiettivi cruciali, quali la protezione dell'ambiente. Sono norme che restringono la libertà degli Stati nel loro potere di pattuire, così come limitano il ricorso al meccanismo di reciprocità e di autotutela. Lo *ius cogens* è insomma una qualità di alcune norme, mentre lo *ius gentium* richiama gli elementi essenziali della pratica giuridica intesa come pratica sociale. Lo *ius cogens* è cioè una delle componenti di un disegno complessivo di un diritto internazionale più vicino allo *ius gentium*, ma non si identifica con esso. Il diritto internazionale e lo *ius gentium* sono infatti anche prodotti dalla consuetudine e dal diritto convenzionale. In tal senso, per fare un esempio, pure la nuova *lex mercatoria*¹⁸, che non è parte dell'odierno *ius cogens*, può essere ricondotta invece allo *ius gentium*. La *lex mercatoria*, ma più in generale tutto l'ambito del diritto costruito sul consenso delle parti, sia attraverso contratti o accordi sia attraverso la risoluzione volontaria delle controversie, è portatrice di una domanda di coordinamento dal basso. Lo *ius gentium* non ha cioè solo a che vedere con le norme universali imperative e non derogabili dello *ius cogens*, ma anche con la più semplice apertura universale dello strumento giuridico. In questo senso – e questa è una

p. 27. È anche questo l'orientamento di P. BENVENUTI, *Diritto delle genti in divenire: fonti e soggetti*, in *La comunità internazionale*, 55, 4, 2000, pp. 593-609, che però individua ulteriori elementi del diritto delle genti nel nostro tempo: l'esistenza di valori comuni nella comunità internazionale, il diritto umanitario, la democraticità, che sostiene istanze non governative alla base della produzione giuridica, la responsabilità individuale per crimini internazionali, che dimostra l'esistenza di un diritto delle persone e per le persone.

¹⁸ La bibliografia sul tema è molto estesa. Si vedano le opere citate di W. WIRT HOWE e di G. IUDICA.

tesi pienamente filosofico-giuridica – il diritto secondo il paradigma dello *ius gentium* è più inclusivo di quello descritto dalle teorie stataliste del diritto, che sono condizionate dall'appartenenza politica e dalla questione della legittimazione dell'autorità politica.

Per quanto riguarda il rapporto tra diritti umani e *ius cogens*, peraltro, è noto che non tutte le norme del diritto internazionale dei diritti umani ne fanno parte¹⁹, né forse è utile che lo facciano. Anche se non vi è un campo più rilevante nel diritto internazionale di quello della tutela delle persone, l'automatica applicazione delle condizioni di *ius cogens* (universalità, imperatività e inderogabilità) al diritto dei diritti umani potrebbe bloccarne lo sviluppo²⁰. Il diritto dei diritti umani ha bisogno di espandersi internazionalmente, regionalmente e a livello domestico, di promuovere linee di sviluppo adatte alle circostanze del luogo e del tempo, mentre l'appartenenza al novero di quelle norme imperative potrebbe ritrarre gli Stati da processi, che – per quanto lenti – sono in progressione.

Questa considerazione si sposa bene anche con una riflessione sull'universalità dei diritti. Solitamente si ritiene che il suo significato prevalente sia da cercare nella generalità delle categorie dei titolari dei diritti. L'universalità sarebbe eguaglianza nell'attribuzione dei diritti a tutti gli esseri umani, in virtù della loro umanità. Essi differiscono infatti dai diritti dei cittadini delle diverse comunità politiche. Le due classi sono generali, se intendiamo con ciò il risultato dell'applicazione di un quantificatore universale a tutti i soggetti inclusi nella stessa categoria. Ma i parametri sono diversi. Mentre la pratica dei diritti umani riconosce diritti agli esseri umani, le comunità politiche li considerano membri. Ciò significa che la protezione dei cittadini nelle comunità politiche può riguardare anche la loro umanità, ma – e questo è il punto – la responsabilità di proteggere quei diritti è tipicamente richiesta alla comunità di appartenenza e proprio

¹⁹ Cfr. A. BIANCHI, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, in *The European Journal of International Law*, 19, 3, 2008, pp. 491-508.

²⁰ Condivido la tesi di J. TASIOLAS, *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, in C. BRADLEY (a cura di), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, pp. 95-116.

in ragione di tale appartenenza²¹. Se si guarda da questo punto di vista ai diritti umani, si può dire che la questione non è tanto l'universalità dei portatori di diritti, che risponde alla vocazione antidiscriminatoria dei diritti²², ma piuttosto l'universalità dei destinatari dei doveri correlativi.

La portata universale della responsabilità rispetto ai diritti umani è chiarissima nell'atto di nascita della pratica dei diritti, con la Dichiarazione universale del 1948. È vero che essa riconosce una lista di diritti per tutti gli esseri umani in quanto tali, ma il punto più importante è che li proclama «as a common standard of achievement for all peoples and all nations» (Preambolo). Questo lato dell'universalità è il vero carattere distintivo della pratica dei diritti umani come pratica giuridica e la vera chiave per la comparazione con lo *ius gentium*, e solo in senso secondario lo è l'universalità della classe dei detentori dei diritti, che peraltro dentro la pratica ammette molte differenze determinate dall'esigenza complessiva di proteggere l'essere umano nelle specifiche condizioni in cui si trova, in quanto bambini, anziani, donne, cittadini, rifugiati e così via. L'universalità dei diritti umani deve essere dunque intesa come l'universale responsabilità nel proteggerli. Quest'ultima può e deve essere canalizzata attraverso l'attività di uno o più attori, principalmente degli Stati, certamente, ma anche delle organizzazioni internazionali e della società civile tutta.

Non si tratta però di trasformare la pratica dei diritti in un insieme di doveri, perché sono proprio i diritti delle persone ad essere al centro degli sforzi nell'impresa giuridica. I diritti devono invece prevalere sugli interessi nazionali nelle relazioni internazionali, un'altra differenza con il diritto convenzionale di stile westphaliano. L'universale coinvolgimento nella protezione dei diritti dimostra l'importanza dell'obiettivo per tutta la comunità internazionale. In quanto pratica caratterizzata da doveri e responsabilità universali la tutela dei diritti può essere ritenuta parte dello *ius gentium* del nostro tempo.

Questo modo di leggere l'universalità dei diritti consente di ap-

²¹ Anche se le costituzioni contemporanee possiedono almeno un'implicita portata universale, laddove riconoscono i diritti di tutti e non solo dei cittadini.

²² Da ciò ricava una somiglianza con lo *ius gentium* W.E. CONKLIN, *op. cit.*, p. 485.

prezzare il cuore del contributo delle concezioni politiche dei diritti. Secondo queste, ogni Stato non soltanto ha il dovere di rispettare e promuovere i diritti umani, ma è pure soggetto giuridicamente a interferenze da parte di altri Stati o altri attori della comunità internazionale in caso di violazioni o di incapacità a promuoverli²³. Il limite delle concezioni politiche è che i diritti non sono però il solo riflesso degli obblighi degli Stati, né hanno soltanto uno statuto politico²⁴. E, soprattutto, le concezioni politiche sono controverse rispetto alla finalità dell'impresa di protezione dei diritti, poiché tendono ad identificare le interferenze giustificate con interventi militari da parte di Stati terzi, venendo meno all'impegno nella ricerca di mezzi pacifici che le Nazioni Unite si sono proposte solennemente di perseguire precisamente al fine di proteggere gli esseri umani contro le minacce della guerra²⁵.

3. Diritti umani e diritto naturale

Un ulteriore elemento tipico della problematica dello *ius gentium*, come si è detto prima, è la sua relazione con il diritto naturale. Non è questa la sede per precisare il significato di questa espressione, stante la diversità di versioni di una idea millenaria, da cui si potrebbero trarre conclusioni diverse. È stato già detto peraltro che nella sua versione classica lo *ius gentium* non è diritto naturale, o per lo meno è più positivo che naturale. Maritain spiega la differenza da un punto di vista epistemologico. Mentre il diritto naturale è conosciuto dalla ragione naturale²⁶,

²³ J. RAZ, *Human rights without foundations*, in S. BESSON-J. TASIOLAS (a cura di), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 321-337.

²⁴ I. TRUJILLO-F. VIOLA, *What Human Rights Are Not (or Not Only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publishers, New York 2014.

²⁵ Come afferma proprio l'incipit dello Statuto delle Nazioni Unite. Altrove ho sostenuto che la chiara volontà di proteggere i diritti e rifiutare la guerra, fondamentale agli inizi della pratica dei diritti umani, sembra dimenticata negli ultimi vent'anni. Cfr. *L'oblio del diritto alla pace nella pratica dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 79, 1, 2019, pp. 19-33.

²⁶ J. MARITAIN, *La loi naturelle ou loi non écrite*, cit., p. 51. Egli parla anche di «la raison commune de l'humanité», ivi, p. 53.

lo *ius gentium* è il risultato di una conoscenza nella storia e non di un singolo, ma di uno sforzo collettivo di ragionamento e di deliberazione nella ricerca della giustizia, non in astratto, ma nel campo delle azioni umane. In questo senso, si tratta certamente dell'esercizio di una ragione artificiale. Questo spiega anche perché l'evidenza e la memoria delle ingiustizie e delle violazioni giochino un ruolo importante nella costruzione della pratica dei diritti²⁷. Come si è già detto, Waldron descrive lo *ius gentium* come una sapienza accumulata sui diritti e la giustizia, un corpo di principi giuridici poco a poco accresciuto, che ci ricorda peraltro che alcuni problemi sono già stati affrontati dall'umanità²⁸.

È importante notare come la dimensione storica non sia limitata alle origini dello *ius gentium* ma lo accompagni lungo tutto il suo sviluppo. I diritti umani hanno radici storiche – a differenza dei diritti naturali –, ed è precisamente in questa dimensione storica dove è possibile valutare quali strategie sono adatte a proteggere i diritti e quali applicazioni ne sono invece infedeli interpretazioni e fallaci implementazioni. Ciò dipende dal fatto che, essendo la pratica dei diritti umani una impresa comune e progressiva, il processo di identificazione dei suoi metodi e di realizzazione dei suoi contenuti non è fissato e raggiunto una volta e per tutte. Infatti, è sempre necessario sintonizzare la finalità con le condizioni di attuazione e le strategie, perché il successo non è assicurato una volta e per sempre.

In quanto risultato della ricerca della giustizia, tuttavia, lo *ius gentium* si avvicina al diritto naturale. Ma questa ricerca è fatta attraverso il ragionamento umano, l'argomentazione, la deliberazione comune e in considerazione di circostanze specifiche. Le esigenze del diritto naturale sembrano immutabili, mentre il diritto delle genti è in evoluzione ed è legato al tempo e può cambiare quando cambiano le condizioni di vita o la consapevolezza comune. Questo rende controverse le sue conclusioni. In altre parole, la ricerca della giustizia nella storia è inevitabilmente incerta. E la conferma sta nel fatto che lungo la storia lo *ius*

²⁷ È più facile essere d'accordo sull'ingiustizia che sulla giustizia, come insegna Platone. La stessa idea è sviluppata da J. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, Yale University Press, New Haven-Londra 1990.

²⁸ J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, cit., p. 138.

gentium ha regolato istituzioni chiaramente ingiuste dal punto di vista del diritto naturale, ma anche solo dal punto di vista di una più accurata considerazione. Uno degli esempi antichi più emblematici è la schiavitù. I giuristi romani notano che essa appartiene allo *ius gentium* e al diritto civile, ma la schiavitù è ingiusta dal punto di vista del diritto naturale perché tutti nascono liberi. Allo stesso modo, la proprietà privata è certamente legale, anche se essa contraddice il principio della destinazione comune dei beni. Nonostante la contrarietà a questo ultimo principio, vi sono ragioni a suo favore (di libertà, di efficacia), anche se è facile sostenere – proprio per il rapporto tra diritto delle genti e diritto naturale – che la destinazione universale dei beni debba limitare strutturalmente la proprietà.

È importante notare, al fine di comprendere questo aspetto, che, a differenza dei giusrazionalisti moderni, i giuristi romani non ragionavano *top-down*, dal diritto naturale al diritto positivo, ma *bottom-up*, dal diritto positivo al diritto naturale. Non si tratta cioè di elaborare una lista di principi del diritto naturale da applicare al diritto positivo (*ius gentium* e *ius civile*), né una lista di diritti naturali da far rispettare al diritto positivo. Occorre ragionare sul diritto positivo ed eventualmente notare che una certa istituzione, sia pure ben consolidata e perfino utile, può essere legale ma non giusta. Il messaggio, alla fine dei conti, è che il diritto positivo deve guardare alla giustizia e costruire giuste istituzioni, anche se non sempre ne è capace. Ma quella è la tensione fondamentale.

La differenza tra *ius gentium* e *ius naturale* ha a che fare anche con il fatto che ciò che è evidente e chiaro dal punto di vista del diritto naturale è un nucleo di principi di azione molto ristretto, le regole basilari per orientare le azioni umane verso il bene e ad evitare il male²⁹. Oltre questo nucleo, tutto è dubbio e controverso, ma questo non significa che non si possa e debba lottare per la giustizia. Lo *ius gentium* è il risultato degli sforzi umani nel tentativo di discernere giusto e ingiusto.

D'altra parte, come già si è detto, la natura collettiva dello sforzo può rendere più sicure le acquisizioni, anche se non elimina il rischio di errori e deviazioni. Nella prospettiva della ra-

²⁹ La formulazione “fare il bene ed evitare il male” è infatti molto vaga, anche se non è vuota.

gione pratica secondo Tommaso d'Aquino, per esempio, le due forme per ricavare il diritto positivo dal diritto naturale – domanda che già come impostazione si discosta dall'approccio *bottom-up* – sono due: per conclusioni o per determinazioni. Se nel caso delle conclusioni sembra difficile l'errore, per la presunta stringenza del pensiero logico-deduttivo, nel caso della determinazione, cioè del processo per stabilire come implementare un principio di diritto naturale, dato l'ampio *range* di possibilità a disposizione e le condizioni incerte, il risultato è ovviamente meno affidabile. La ricerca della giustizia ad opera dello *ius gentium* è progressiva e procede per tentativi; non è infallibile e nemmeno sistematica.

Da questo punto di vista il parallelo tra diritti umani e diritto delle genti non porta a intendere i primi come diritti fissati dalla natura, nemmeno dalla natura umana, e neppure diritti stabiliti su altri piani – sul piano ideologico – da importare nel diritto, ma piuttosto come una impresa alla ricerca della giustizia per gli esseri umani³⁰. Il parallelo tra *ius gentium* e diritti umani è da riferire infatti alla finalità generale della pratica dei diritti. La dinamica di questo processo appartiene al diritto positivo, nel senso che esso si propone di realizzare un fine specifico, attraverso la ricerca del miglior modo di interpretarlo e di implementarlo. Serve cioè guardare ai diritti umani come ad un compito da realizzare. In questa linea, al diritto internazionale dei diritti umani, occorrerebbe affiancare le costituzioni con il loro proposito di tutelare i diritti fondamentali, ma pure il diritto umanitario, e tutte le espressioni del diritto come un'impresa di umanizzazione³¹.

³⁰ J.M. FINNIS (*Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980) sostiene che rispettare e promuovere i diritti di ciascuna persona è un modo diverso di parlare del bene comune.

³¹ Non è un caso che oggi l'orientamento dei giuristi sia a favore della convergenza tra il sistema del diritto internazionale dei diritti umani e quello del diritto umanitario. Questa convergenza è il risultato di un cammino di riflessione e di confronto non solo tra studiosi, ma anche nelle prassi delle corti e nell'applicazione del diritto. Ho ricostruito questi rapporti in *Human Rights and Changes to the International Legal System. Philosophical Reflections on the (Difficult) Coexistence of International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, in J. BALLESTEROS-E.

4. Quale consenso per i diritti umani?

Un ultimo carattere dello *ius gentium* riguarda il suo essere fondato sul consenso. La tradizione – per spiegare perché il diritto delle genti è di tutti e per tutte le genti – si appella al consenso implicito, ricavato da elementi quali il ricorso a fonti consuetudinarie o i comportamenti che sono espressione di una forma di accettazione performativa di certe regole ritenute basi corrette per l'azione. Non è certamente necessario contare sul consenso di ciascuno. Il consenso virtuale è sufficiente. A conferma, alcuni pensano che, una volta stabilito, per abolire lo *ius gentium* sia necessario un consenso attuale e dunque sopprimerlo sarebbe quasi impossibile³², ma questa tesi è contro la possibilità di cambiamento nel tempo dello *ius gentium*. Come nel caso della consuetudine giuridica, sebbene sia difficile provare che una pratica non è più generale e coerente, e dunque che una regola consuetudinaria non è più obbligatoria, è tuttavia possibile farlo.

Il tema del consenso sui diritti umani viene sollevato tipicamente in relazione al problema della loro fondazione e a partire dalle diversità di culture. Come è ben noto, al tempo della Dichiarazione universale, si ricorse ad un accordo pratico sui diritti, precisamente per il grande disaccordo sulla loro fondazione³³. E tuttavia quasi tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite votarono a favore e nessuno votò contro. La pratica dei diritti attira dunque consensi anche in costanza di diversità di approcci e culture. Ma forse il dato più significativo, sul profilo del consenso sui diritti umani, non è tanto quello della loro fondazione. Piuttosto è quello dello sforzo da allora impiegato per costruire la pratica della tutela dei diritti, nonostante tale sforzo sia iniziato da un accordo ritenuto molto fragile. Quello che conta insomma è che vi siano innumerevoli evidenze di comuni sforzi per cooperare alla costruzione di questa impresa giuridi-

FERNANDEZ-P. TALAVERA (a cura di), *Globalization and Human Rights, Challenges and Responses from a European Perspective*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra 2012, pp. 141-155.

³² F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae*, cit., q. 57, a. 3.

³³ J. MARITAIN, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago 1951, p. 77.

ca, non solo attraverso reiterazioni degli impegni presi e di nuovi patti³⁴, ma anche e soprattutto cooperando attraverso meccanismi per l'implementazione e il controllo e per estendere i loro effetti anche nel campo del diritto domestico.

Quello del consenso resta però la sfida – tipicamente giuridica – in ordine alla determinazione del contenuto dei diritti e delle modalità della loro applicazione. Oltre alla ratifica di trattati universali e regionali – che ne sono processi di creazione e accertamento – la ricerca del consenso è il compito di tutte le agenzie preposte alla determinazione delle azioni da intraprendere per attuarli, quali l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il Human Rights Council o altre agenzie internazionali. Il loro lavoro è proprio la ricerca di punti di contatto e di accordo su questioni relative al contenuto dei diritti. Sebbene talvolta insoddisfacenti perché fondati su blocchi politici regionali, ideologici o pratici³⁵, questi punti di accordo permettono faticosamente di raggiungere risoluzioni parziali ma importanti, che costituiscono nuovi punti di partenza.

Un altro percorso per la ricerca del consenso è quello delle corti regionali dei diritti, che di per sé svolgono il ruolo di catalizzatori di consenso a livello regionale, nell'opera di stabilire cosa costituisce una violazione di diritti. Il criterio del consenso assume allora la forma di un criterio interpretativo³⁶. È interessante notare come su tutti questi piani sia anche possibile osservare la partecipazione della società civile³⁷. Questa parteci-

³⁴ Come è stato notato da B. CELANO, *Consuetudini e convenzioni*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 35-87, la consuetudine alla base della tutela dei diritti è cresciuta attraverso reiterazioni e accordi convenzionali.

³⁵ A titolo di esempio si veda A. CHANE-A. SHARMA, *Universal human rights: Exploring contestation and consensus in the UN human rights council*, in *Human Rights & International Legal Discourse*, 10, 2, 2016, pp. 219-247.

³⁶ F. PASCUAL VIVES, *Consensus-Based Interpretation of Regional Treaties of Human Rights*, Leiden, Brill 2019 e L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights*, in *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3, 2017, pp. 65-96.

³⁷ Come è il caso degli *amici curiae*. Cfr. L. VAN DEN EYNDE, *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs before the*

pazione si aggiunge a quella che emerge dal principio di democrazia, che permette che istanze non governative plasmino almeno indirettamente la produzione giuridica del diritto internazionale, ampliandone la sua base sociale³⁸.

Tutto questo può essere ritenuto ancora insufficiente se si vuole fare un bilancio. Ma, la conclusione è che, nella misura in cui si tratta di una pratica legale e sociale, la tutela dei diritti umani è un processo che richiede un coinvolgimento attivo per l'implementazione e per la ricerca di adeguati approcci interpretativi e di mezzi adatti. Anche il futuro dei diritti umani è cioè aperto alla storia. La storia di questa pratica sarà costruita da azioni compiute non solo dagli Stati, ma da tutti gli attori coinvolti nella protezione dei diritti, perché il diritto delle genti è appunto un diritto per tutti e di tutti.

Oltre a suggerire un modo diverso di accostarci al diritto positivo – dinamico, articolato e progressivo – la riflessione sullo *ius gentium* può servire a comprendere meglio la giuridicità della pratica dei diritti umani sotto almeno tre profili. Il primo è quello dell'universalità come responsabilità della comunità internazionale tutta. Il secondo è la comprensione dei diritti umani come espressione di un disegno di giustizia giuridica, non infallibile, non ideologica, non esclusiva dei diritti umani. Il terzo è la comprensione della dimensione giuridica dei diritti nei termini di una costruzione del consenso, dal livello più astratto dell'assunzione di impegni a quello delle decisioni su casi concreti. In altre parole, la tutela dei diritti è un programma d'azione da realizzare che è nelle mani di tutti.

European Court of Human Rights, in Netherlands Quarterly of Human Rights, 31, 3, 2013, pp. 271-313.

³⁸ Uno degli elementi del diritto delle genti secondo P. BENVENUTI, *art. cit.*, per il quale esso è caratterizzato dalla centralità della persona nella produzione del diritto internazionale, come suo destinatario e come suo beneficiario.

VENTICINQUE ANNI DI DIRITTI UMANI *

di *Francesco Viola*

Quando nel 1993 pensai che per consolidare gli studi di filosofia del diritto nella nostra facoltà giuridica fosse giunto il momento d'istituire un dottorato, la cosa più ovvia sarebbe stata quella di dar vita ad un dottorato di filosofia del diritto. Ma allora io ero impegnato a convincere, per la verità con ben scarso successo, i miei colleghi giuristi che la riflessione filosofico-giuridica era non solo utile ma necessaria all'interno dello studio del diritto positivo (ed oggi lo sta divenendo sempre di più). Un dottorato di filosofia del diritto avrebbe accresciuto l'isolamento di questa disciplina accademica e inoltre avrebbe attirato per lo più quegli studenti delusi o non attratti dallo studio del diritto positivo, cioè dalla stessa ragion d'essere di una facoltà giuridica. Fu naturale allora pensare ad un dottorato sui diritti umani. Quale altro tema migliore di questo avrebbe potuto promuovere una collaborazione scientifica tra filosofi del diritto e giuristi?

Nel frattempo i diritti umani registravano una diffusione sempre più accelerata non solo nell'opinione pubblica, ma anche all'interno della stessa scienza giuridica a causa dei processi di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano e dello stesso diritto internazionale. Come sappiamo, i diritti umani sono a tutti gli effetti diritti positivi e non già diritti naturali, ma erano guardati con sospetto da una scienza giuridica rigorosamente dogmatica e formalistica, perché richiedono l'uso di un'argomentazione morale e il ricorso a giudizi di valore. Non è un caso se oggi il problema del rapporto fra diritto e morale sia diventato virale nell'ambito degli studi di teoria giuridica con la messa in discussione del suo tradizionale descrittivismo. È indicativo che a quel tempo in Italia ci fosse un solo

* Discorso di apertura della Summer School "Histories of Human Rights".

dottorato che si occupava *ex professo* dei diritti umani, quello dell'Università di Padova, e proveniva significativamente da una Facoltà di scienze politiche.

In più i diritti umani sono un tema trasversale che interessa tutti i rami del diritto positivo, dal diritto pubblico al diritto privato, dal diritto internazionale al diritto comunitario, dal diritto tributario al diritto penale. Insomma, non c'era dubbio che a proposito dei diritti umani la filosofia del diritto poteva esercitare sia una riflessione d'interesse per la scienza giuridica sia un ruolo di collegamento fra i differenti settori del diritto.

Questi intenti sono stati recepiti e approfonditi dai membri del Consiglio dei docenti del dottorato e dai coordinatori che sono venuti dopo di me. Se non vi fosse stata una piena sintonia d'intenti e una fruttuosa cooperazione, il dottorato non avrebbe mai potuto consolidarsi e raggiungere la sua attuale dimensione internazionale, superando inenarrabili difficoltà. Il merito maggiore deve essere riconosciuto non già a chi ha un'idea, ma a chi sa come realizzarla.

Se ora, dopo venticinque anni, mi chiedo non solo se gli intenti originari abbiano dato qualche frutto, ma anche e soprattutto se gli studi e le ricerche del dottorato siano stati in qualche modo indicativi dell'evoluzione dei diritti umani giunti ora – come da più parti si va notando – ad una parabola discendente, non mi sento in grado di dare una risposta certa ed univoca. Posso solo avanzare qualche riflessione, ripercorrendo le tematiche delle 120 tesi di dottorato presentate, discusse ed approvate in questi anni¹.

Com'era prevedibile e come mi aspettavo, le tesi in senso stretto o specifico di filosofia del diritto non sono state più di dieci, considerando tra di esse anche quelle sui rapporti tra diritti umani ed etica. Di per sé poco male, se non fosse per l'assenza di contributi rilevanti ad una filosofia dei diritti umani, cosa che mi dispiace molto. Un'altra notazione interessante riguarda la scarsa attrattività dello studio dei diritti di libertà e degli stessi diritti sociali, almeno nella loro configurazione tradizionale che vede come capofila il diritto al lavoro: solo tre dissertazioni per i diritti di libertà e tre per i diritti sociali, anche

¹ Questo elenco è stato aggiornato dalla curatrice del volume a dicembre del 2020. Le tesi successive non cambiano la classificazione proposta dall'autore.

se vi sono tesi su problematiche contemporanee, come quella di accesso alle medicine. Solo una tesi si è occupata dell'eguaglianza economica in relazione ai diritti, cosa a dir poco stupefacente. Di gran lunga i temi più frequentati hanno riguardato i diritti collettivi, legati ai gruppi emarginati, o agli stati della vita umana. Mi riferisco ai diritti culturali (3), al razzismo (2), ai diritti delle donne (8), ai diritti religiosi (2), al multiculturalismo (6), ai diritti dei minori (6), ai diritti dei disabili (2) e di quelli delle generazioni future (1). A questa schiera appartiene il tema dei diritti degli immigrati che è stato e resta di gran lunga il più attraente con ben 10 tesi di dottorato. D'altronde la Sicilia è al contempo una terra di emigrazione e d'immigrazione e le condizioni di vita degli immigrati sono sotto i nostri occhi, mentre purtroppo abbiamo perso di vista quelle dei nostri emigranti. Poca è stata l'attenzione alle questioni di bioetica (2) e di ecologia (1). L'ultimo gruppo di tesi riguarda uno stretto collegamento con le discipline giuridiche. Tra queste il diritto internazionale è stato il più frequentato con ben 15 tesi. Seguono il diritto comunitario e la carta dei diritti dell'Unione Europea (7), il diritto costituzionale (8), il diritto penale (7), il diritto tributario (4), il diritto privato (1) e la storia del diritto (2). Le rimanenti 15 tesi non sono riconducibili ad una tipologia ben definita, poiché interessano al contempo più ambiti tematici.

Ora è venuto il momento di chiedersi se e in quale misura questa approssimativa panoramica delle ricerche compiute nell'ambito del dottorato sia indicativa dell'evoluzione attuale dei diritti umani. Ricordo che la denominazione del dottorato, che allora mi fu suggerita dal prof. Guido Corso, recita: "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti". Allora, come ancor ora, mi è subito apparsa come un'intitolazione molto saggia priva com'è di ogni enfaticizzazione assolutistica dei diritti e del loro carattere evolutivo. Dal quadro già tracciato salta agli occhi l'orientamento preferenziale dei nostri dottorandi per i diritti identitari, quelli legati a gruppi o categorie di persone in qualche modo emarginati ed esclusi dalla vita comune a motivo del loro genere, della loro razza, della loro religione, del loro stato di particolare fragilità, com'è evidente in modo eminente per gli immigrati che spesso assommano più di una di queste esclusioni.

Se vogliamo usare un'efficace distinzione di Gustavo Zagrebelsky fra una concezione libertaria dei diritti e una concezione

liberatoria o emancipatoria dei diritti², non c'è dubbio che a quest'ultima i nostri dottorandi hanno rivolto la loro principale attenzione e questa mi sembra una cosa molto positiva. In grande maggioranza l'oggetto delle dissertazioni ha riguardato non già i diritti individuali di libertà o i diritti civili, quelli per intenderci che tradizionalmente postulano la non ingerenza dei poteri statali, ma i diritti legati alle identità escluse e che richiedono riconoscimento ed un trattamento eguale.

È vero che – secondo quanto ancora nota Zagrebelsky – la narrazione dei diritti è cominciata ed è stata dominata da una visione individualistica e libertaria, ma bisogna anche riconoscere che tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nostro secolo la narrazione s'è volta verso i diritti delle differenze.

Infatti, uno sguardo a volo d'uccello sulla storia dei diritti umani conduce a questa visione d'insieme: nella prima fase i diritti sono riconosciuti *a prescindere* dalle differenze; nella seconda sono concepiti come veri e propri diritti *delle* differenze; nella terza sono pensati come diritti *alle* differenze³. A queste tre fasi corrispondono tre diversi modi di considerare l'essere umano. Si tratta se non proprio di tre antropologie, almeno di tre approcci a quella soggettività che richiede il riconoscimento di diritti per essere essa stessa riconosciuta come tale nella sua dignità. Nella prima fase si tratta dell'*uomo nudo*, cioè senza qualità non naturali; nella seconda si tratta dell'*uomo culturale*, cioè segnato da identità non naturali; nella terza fa capolino l'*uomo autonomo*, che sceglie le sue qualità identificative ed è volto ad aggirare la stessa relazione fra natura e cultura o ad evadere da essa. È evidente che siamo nella seconda fase e che già vi sono segni inequivocabili della terza fase. Ma per ora siamo in pieno nella seconda. Tuttavia ogni svolta nella narrazione dei diritti, se da una parte è indubbiamente una conquista per la persona umana, dall'altra rimette in discussione assetti consolidati e provoca nuovi squilibri. Qual è il contraccolpo del riconoscimento sociale e politico delle identità culturali differenti e del regime del pluralismo a tutto spiano?

La risposta, in verità qui necessariamente troppo lapidaria e concisa, non può che essere cercata nel riemergere, in modo ancor

² G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino 2017.

³ Cfr. F. VIOLA, *Diritti e differenze*, in *Dialoghi*, 15, 2, 2015, pp. 29-36.

più drammatico del passato, del grande tema dell'eguaglianza. Queste appartenenze differenti, che ora vanno conquistando il riconoscimento politico, sperimentano un'eguaglianza incompiuta o una promessa non mantenuta di eguaglianza. Ed è forse questa una delle ragioni principali della crisi attuale dell'età dei diritti che è da più parti segnalata. Ma in realtà la crisi dei diritti deve sempre intendersi come crisi di un determinato modo di concepirli.

L'aspetto più macroscopico, ma non certamente l'unico, è quello della crescita della disuguaglianza economica o della disuguaglianza nell'accesso alle risorse comuni. Gruppi o categorie di persone differenti, ma riconosciute in linea di principio come eguali, percepiscono ora come un'intollerabile ingiustizia la loro disuguaglianza nelle condizioni di sussistenza materiale. Questa percezione si accresce allo stesso modo delle temperature in cui quella percepita è ben più importante di quella reale. Questa maggiore coscienza sociale della disuguaglianza è senza dubbio il frutto di una conquista dei diritti liberatori o emancipatori.

Quando si è esclusi o emarginati, si lotta per conquistare un'eguaglianza di stato (*status equality*), ma, quand'essa è in qualche modo raggiunta, allora la disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza (*distributive equality*) diventa ancor più ingiusta ed intollerabile⁴. È ancora più intollerabile che il lavoro della donna sia remunerato meno di quello dell'uomo una volta che si è riconosciuta la loro eguaglianza di stato. Ciò mostra chiaramente che non basta il riconoscimento formale se non si accettano tutte le sue logiche conseguenze. Certamente peggio ancora sarebbe cercare di ritornare indietro. Le promesse non mantenute sono ben più ingiuste delle promesse non fatte. Le narrazioni non possono essere cancellate senza lacrime e sangue. I diritti riconosciuti hanno un loro corso orientato che è produttivo di doveri.

È interessante notare che nella *Dichiarazione universale* del 1948 è ancora assente il profilo della giustizia distributiva, mentre ci si preoccupa di assicurare il minimo vitale (*basic rights*), cioè il regime della *sufficiency*. Ma – come sappiamo – il concetto di mera sussistenza è relativo e viene messo a dura prova quando si allarga la differenza tra i pochi ricchi e i molti poveri

⁴ Sull'articolazione di questa distinzione rinvio al recente libro di S. MOYN, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2018.

nella società del consumismo, come sta avvenendo nel neoliberismo economico del nostro tempo. È un dato di fatto che accanto all'espansione accelerata dei diritti vi sia anche la crescita del capitalismo finanziario e del *market fundamentalism*. Ciò induce a chiedersi quale relazione vi sia tra l'una e l'altra.

La domanda inquietante è: sono forse i diritti la causa, o una delle cause, di una società di diseguali? Marx non avrebbe avuto esitazioni nella risposta, essendo per lui quelli borghesi i diritti dell'egoismo e all'egoismo. Ma i suoi ultimi seguaci del nostro tempo l'hanno facilmente dimenticata e, per dimostrare di essere liberali, hanno coltivato i diritti libertari ben più di quelli emancipatori, tradendo così la loro vocazione originaria. Tuttavia indubbiamente la dinamica dei diritti porta in sé un paradosso che è stato ben messo in luce da Levinas quando afferma: «La libertà personale è inconcepibile senza la liberazione economica, ma l'organizzazione della libertà economica non è possibile senza una schiavitù della persona morale»⁵.

Questo è un tema troppo complesso per essere qui affrontato. Mi limiterò a qualche considerazione in riferimento ai diritti identitari di cui sopra s'è parlato.

Credo che uno dei difetti dell'età dei diritti sia stato quello di non rendersi conto delle conseguenze che il loro riconoscimento implicava, conseguenze anche sul piano della teoria politica e sociale. È facile riconoscere i diritti degli altri, ma lo è molto meno quando ci rendiamo consapevoli che con ciò stesso i nostri diritti vengono limitati o comunque devono essere ripensati. Il *welfare state* è stato accusato di presupporre un concetto forte di cittadinanza basato sulla comunanza di valori nazionali profondamente radicati e, quindi, per ciò stesso escludente. Il *welfare state* entra in crisi contemporaneamente all'avvento dell'età dei diritti cioè intorno agli anni Settanta del secolo scorso, come ha efficacemente dimostrato Samuel Moyn⁶. La crisi del *welfare* si aggrava nei decenni successivi. Cittadini, specie quelli della classe media, che si sentono e sono meno tutelati sul piano dei diritti e dei servizi

⁵ E. LEVINAS, *Existentialisme et antisémitisme*, in *Cahiers de l'Alliance Israélite Universelle*, 14-15, 1947, pp. 2-3.

⁶ Cfr. S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010.

sociali, e in più sono colpiti da una crisi economica senza precedenti, sono condotti a vedere nei diritti dei non cittadini, nei diritti identitari e soprattutto nei diritti degli stranieri la causa principale della frammentazione della comunità politica, invece di prendersela con il capitalismo finanziario e con l'attuale organizzazione dei mercati. Ma questi non si toccano, anche per paura di dover ripensare la teoria e la pratica dei diritti libertari. Come ben sappiamo, quando le cose non vanno, bisogna cercare il nemico o il capro espiatorio. A loro volta i nuovi titolari dei diritti identitari vogliono uno Stato forte nel riconoscimento, ma debole nell'assimilazione e persino anche nell'integrazione. Il risultato è che la crisi del *welfare state* diventa la crisi della politica come comunità di vita fatta a pezzi dal pluralismo.

Certamente questo è un quadro molto rozzo e semplicistico, ma credo che sia sufficiente per mostrare che bisogna cercare il nodo centrale di questo problema nel concetto di comunità politica o, il che è lo stesso, in quello di cittadinanza.

Non sono d'accordo con coloro che vorrebbero eliminare il concetto stesso di cittadinanza, giudicandolo come discriminatorio per definizione. Senza cittadinanza non v'è appartenenza (*membership*) e non v'è comunità politica. Ma senza appartenenza non v'è neppure uguaglianza, perché questa è un valore sociale in quanto si è uguali o diseguali in relazione a contesti sociali determinati in cui gli uomini si rapportano gli uni agli altri e si possono confrontare le differenze di *status* e dei titoli di accesso ai diritti. L'uomo autonomo, cioè quello che non si definisce per il suo stato sociale, non è di per sé né uguale né disuguale nei confronti degli altri, perché non v'è alcuna misura comune. Ben lungi dall'essere eliminato il concetto di cittadinanza deve essere rigenerato. Qui non è certo il luogo per tentare quest'impresa. Posso solo indicare qualche direzione di ricerca.

Il processo di costituzionalizzazione della persona deve essere letto come l'opportunità di una purificazione del concetto di cittadinanza. Il ruolo di cittadino spetta logicamente alla persona costituzionale, non già per qualche particolare attitudine o qualità che essa abbia a svolgere tale ruolo, ma per il semplice fatto che la partecipazione alla vita pubblica e alle decisioni comuni è implicita nel rispetto della persona e della sua dignità. Non è l'appartenenza ad una comunità a conferire i diritti di cittadinanza, ma al contrario è l'essere persona a conferire il diritto

to di appartenenza o almeno a costituire, in particolari circostanze e a determinate condizioni, un'aspettativa legittima all'appartenenza⁷. Persone che, pur collaborando alla vita comune, non vengano riconosciute come cittadini ancora non sono rispettate nella loro integralità e sono trattate in modo diseguale rispetto alle persone-cittadini, quasi come gli schiavi di un tempo.

Non c'è dubbio che la democrazia ha bisogno di una cultura politica comune, perché altrimenti non si potrebbe giustificare il principio di maggioranza se non in termini meramente aggregativi, cioè quantitativi. E tuttavia è proprio questo il paradosso della democrazia, poiché un'identità politica comune è fonte di esclusione⁸. Da questa strettoia si esce solo se questa identità comune è insieme stabile e dinamica, cioè consolidata ma anche aperta all'accoglienza e al ripensamento di sé stessa. Ciò è possibile solo a patto che il principio maggioritario venga coniugato con quello deliberativo. Ma questo richiede tempo, molto tempo.

Il fatto è che la cittadinanza oggi è attraversata da un processo di disaggregazione che mette in questione la sua unità. Questa disaggregazione riguarda le sue tre dimensioni costitutive: l'identità collettiva, i privilegi dell'appartenenza politica e il titolo a fruire dei diritti sociali e dei relativi vantaggi⁹. Non solo è in atto una disarticolazione di questi elementi, sicché vi sono vari gradi di cittadinanza, come già da tempo aveva acutamente notato Stefano Rodotà¹⁰, ma anche un'evoluzione all'interno di ognuno di essi. L'identità collettiva, che già da tempo ha registrato la distanziamento tra l'elemento etnico e quello nazionale, tra l'etnia e il *demos*, è chiamata ora ad interrogarsi sulla sua chiusura o apertura nei confronti di altre culture che bussano alle porte e nei cui confronti è chiamata almeno ad apprendere dalla loro diversità senza rigettarla a priori. L'appartenenza politica, che è il nucleo tradizionale della cittadinanza come partecipazione politica, è chiamata ad interrogarsi sulle sue re-

⁷ S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), Cortina, Milano 2006, pp. 103-136.

⁸ Cfr. CH. TAYLOR, *Democrazia ed esclusione* (1999), in P. COSTA (a cura di), *La democrazia e i suoi dilemmi*, Diabasis, Parma 2014, pp. 51-87.

⁹ S. BENHABIB, *Cittadini globali* (2006), il Mulino, Bologna 2008, p. 59.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992, p. 120.

sponsabilità e con ciò stesso a trasformarsi da privilegio, che si declina in termini di diritti politici, in doveri nei confronti dell'umanità o dei non cittadini con cui entra in contatto o di quelli che con una felice espressione della giurisprudenza tedesca sono chiamati "nostri concittadini di origine straniera". I diritti sociali, che nella concezione di Marshall erano considerati il nucleo fondamentale di protezione del cittadino, vengono attratti nella problematica universalistica dei diritti umani e con ciò stesso separati dalla mera appartenenza politica.

Questa disarticolazione sarebbe prodotta e supportata dalla diffusione di quelle che Benhabib ha chiamato "norme cosmopolitiche" (come ad esempio quelle legate ai crimini contro l'umanità e anche quelle legate al fenomeno migratorio).

Il nuovo concetto di cittadinanza per riproporsi come unitario dovrà tenere insieme elementi attraversati da dinamiche opposte, ora particolaristiche e ora universalistiche. V'è un problema d'integrazione che è culturale; v'è un problema di deliberazione che è politico; v'è un problema sociale di solidarietà che spinge la comunità politica a sporgersi al di fuori di sé o a non chiudersi in se stessa.

Il riconoscimento del carattere universale dei diritti sociali e dei diritti identitari è una promessa di eguaglianza distributiva che, una volta fatta, deve essere mantenuta. Sapranno mantenere la cittadini educati soprattutto all'uso libertario dei diritti? Sapranno sottrarci all'oscillazione mortale fra il fondamentalismo del mercato, che è all'insegna di una falsa eguaglianza, e il sovranismo protezionistico, che promette una vera diseguaglianza?

Come si può constatare, ogni nuovo capitolo della narrazione dei diritti costringe a ripensare tutta la loro storia sin dall'inizio. Se le storie dei diritti sono intese come narrazioni separate, allora si producono conflitti laceranti ed insanabili. I diritti sono un fenomeno globale che però si manifesta in modo disordinato nella storia umana, come d'altronde avviene per tutte le conquiste di civiltà. Le differenti categorie dei diritti collasano l'una sull'altra e la loro conquista non è mai del tutto conclusa. Spetta alla pratica un'opera di continuo aggiustamento interno senza dogmatismi o santuari intoccabili. Spetta alla teoria giustificare questi aggiustamenti.

Io sono convinto che i diritti hanno limiti, ma che questi limiti non sono esterni ad essi, non sono un mondo di doveri da con-

trapporre o a cui appellarsi. Se così fosse, questi doveri avrebbero un inaccettabile volto repressivo ed oppressivo. L'espansione dei diritti, ancora e sempre in divenire, è anche la storia della ricerca della loro misura interna o della *recta ratio* nella pratica dei diritti. Per questo gli ambiti di ricerca di un dottorato sui diritti umani sono ben lungi dall'essere esauriti e sono aperti ad un futuro sempre più complesso. Mi auguro che le dissertazioni che verranno nei prossimi cicli di questo dottorato sappiano intercettare i nuovi orizzonti, così come in buona parte hanno saputo fare quelle del passato. Non perdo la speranza che da questo dottorato provengano in futuro rilevanti contributi ad una filosofia dei diritti umani ancora in uno stato troppo lacunoso ed incompleto.

In conclusione, se ora m'interrogo sui risultati dei nostri tentativi di mostrare ai giuristi l'utilità degli studi filosofico-giuridici per la comprensione del diritto positivo del nostro tempo, la risposta che trovo è ambigua o comunque non certamente priva di perplessità. Che gli studi giuridici oggi richiedano approcci interdisciplinari è sotto gli occhi di tutti. Ma nei frequenti rapporti che ho intrattenuto specialmente con gli storici del diritto, i costituzionalisti e gli internazionalisti, tutti studiosi indubbiamente aperti ad ampie prospettive culturali, ho notato la preoccupante tendenza a recepire sì la riflessione filosofico-giuridica, ma a patto di fare a meno del filosofo del diritto. È utile la filosofia del diritto, ma quella fatta in proprio o a casa propria. Questa è una tendenza atavica del diritto e della scienza giuridica, quella di voler bastare a sé stessa. In questa prospettiva i risultati per il settore scientifico disciplinare dei filosofi del diritto non sono esaltanti. Ma io non sopporto l'uso italiano dei settori scientifico-disciplinari interessato solo a mettere etichette a fini concorsuali. Per la mia disciplina esso è ancor più inadatto, perché la filosofia non è una disciplina specialistica, non è una scienza ma un sapere e come tale aperto ed accessibile a tutti. Che oggi i giuristi, ben più del passato anche in ragione dei diritti umani, siano sollecitati a riflessioni filosofiche e teoriche, è un fatto senz'altro molto positivo, ma con ciò stesso devono anche accettare lo scrutinio del tribunale della ragione naturale o della ragionevolezza, a cui il diritto come ragione artificiale non può, ora più di prima, sottrarsi del tutto.

Gli autori e le autrici del volume

Annabel Brett, Professor of Political Thought and History, Gonville and Caius College, Cambridge.

Martti Koskenniemi, Professor of International Law, University of Helsinki.

Fiona Macmillan, Professor of Law, Birkbeck, University of London.

Samuel Moyn, Henry R. Luce Professor of Jurisprudence and Professor of History, Yale Law School.

Isabel Trujillo, Coordinatrice protempore del Dottorato in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti, Università di Palermo.

Francesco Viola, Professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

Finito di stampare nel mese di luglio 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

Recta Ratio

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

Volumi pubblicati

Prima serie:

1. V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, 1989, pp. 328.
2. D. CAMPANALE, *Il diritto naturale tra metafisica e storia. Leibniz e Vico, I. Leibniz*, 1988, pp. 180.
3. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, terza edizione, 1993, pp. 200.
4. F. VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, 1989, pp. 220.
5. S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, 1989, pp. II-322.
6. B. MONTANARI, *Fenomeni sociali e lettura giuridica*, 1989, pp. 300.
7. C. BRUAIRE, *La forza dello spirito e lo spirito del diritto*, a cura di PIERFRANCO VENTURA, 1990, pp. XVIII-166.
8. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Prefazione di Enrico Opocher, 1990, pp. 308.
9. G. FIASCHI, *Il desiderio di nulla. Compimento rivoluzionario e sessualità moderna*, 1990, pp. 120.
10. S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, 1990, pp. 280.
11. A. DAL BROLLO, *La giustizia rivoluzionaria*, 1990, pp. 172.
12. H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, a cura di LUIGI CIAURRO, 1990, pp. 180.
13. B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, 1990, pp. 344.
14. G. ZACCARIA (a cura), *Diritto positivo e positività del diritto*, 1991, pp. XIV-366.

15. P. AMSELEK (a cura), *Teoria degli atti linguistici etica e diritto*, ed. it. a cura di Angiola Filipponio, 1991, pp. 300.
16. F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991, pp. 156.
17. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, 1992, pp. 232.
18. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, 1993, pp. 372.
19. B. MONTANARI (a cura), *La norma subita*, 1993, pp. 216.
20. R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, 1993, pp. 140.

Seconda serie:

1. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, 1993, pp. X-302.
2. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, seconda edizione ampliata, 1996, pp. VIII-280.
3. G. COSI, *Il Logos del diritto*, 1993, pp. X-430.
4. O. HÖFFE, *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato. Contributi filosofici per un'etica del diritto e dello Stato*, a cura di AGATA C. AMATO MANGIAMELI, 1993, pp. 194.
5. L. TRIOLO, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, 1993, pp. X-410.
6. A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, 1994, pp. XII-236.
7. E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di LUIGI CIAURRO e CLEMENTE FORTE, 1994, pp. 98.

8. AA.VV., *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di MARIO JORI, 1994, pp. 274.
9. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, 1994, pp. 274.
10. AA.VV., *Ontologia e fenomenologia del giuridico*, *Studi in onore di Sergio Cotta*, a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO, 1995, pp. VIII-356.
11. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, quarta edizione, ristampa anastatica del 1995, pp. 200.
12. M. CASCAVILLA, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, 1995, pp. VIII-176.
13. C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, 1995, pp. XII-332.
14. J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di FRANCESCO VIOLA, 1996, pp. XXXII-476.
15. AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO, 1996, pp. 382.
16. P. SAVARESE, *Schelling filosofo del diritto. Introduzione alla lettura e commento di testi fondamentali*, 1996, pp. 238.
17. A.C. AMATO MANGIAMELI, «*Desiderai essere un cittadino*». *Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*, 1996, pp. 198.
18. L. TRIOLO, *Primato del diritto e giustizia*, 1996, pp. VIII-296.
19. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, 1996, pp. VIII-304.
20. M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, 1996, pp. X-414.
2. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. X-262.
3. E. PARIOTTI, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, 1997, pp. 284.
4. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia del diritto*, terza edizione riveduta ed ampliata, 1997, pp. 322.
5. F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, 1998, pp. VI-402.
6. I. TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, 1997, pp. 214.
7. F. CONIGLIARO, *Dominium terrae. L'uomo nel mondo della natura*, 1998, pp. 256.
8. A. OLLERO-TASSARA, *Diritto "positivo" e diritti umani*, a cura di ISABEL TRUJILLO PÉREZ, 1998, pp. VI-210.
9. L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, 1998, pp. VIII-348.
10. G. COSI, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, 1998, pp. XVI-452.
11. S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, 1998, pp. VIII-266.
12. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, quinta edizione, 1999, pp. XII-220.
13. M.F. RABAGLIETTI, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone e Creonte*, 2000, pp. VI-154.
14. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, 2000, pp. VIII-292.
15. V. MATHIEU, *L'uomo animale ermeneutico*, 2000, pp. VI-282.
16. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 2000, pp. VIII-296.

Terza serie:

1. F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 1998, pp. X-358.

17. D. FALCIONI, *Natura e libertà in Kant. Un'interpretazione del progetto. Per la pace perpetua* (1795), *Presentazione di Reinhard Brandt*, 2000, pp. VIII-172.
18. L. TRIOLO, *Legalismo e legalità*, 2000, pp. VIII-192.
19. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, 2000, pp. 310.
20. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, 2000, pp. 232.
13. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, 2003, pp. VIII-184.
14. F. D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, 2004, pp. VIII-236.
15. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, 2004, pp. X-326.
16. G. SADUN BORDONI, *L'ordine infranto. Il declino dello Stato nazionale tra diritto e politica*, 2004, pp. VIII-264.
17. P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004, pp. XII-292.

Quarta serie:

1. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, 2000, pp. XII-232.
2. F. CONIGLIARO, *La libertà. Estasi e tormento*, 2001, pp. VIII-328.
3. S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, 2002, pp. VI-230.
4. F. D'AGOSTINO (a cura di), *La sterilizzazione come problema biogiuridico*, 2002, pp. VI-158.
5. V. BELLVER CAPELLA, *Clonare? Etica e diritto di fronte alla clonazione umana*, 2002, pp. XX-244.
6. A. ARGIROFFI, *Identità personale, giustizia ed effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, 2002, pp. XVI-212.
7. I.T. MUCCICONI, *«Matrimonio di fatto» e pensiero giuridico*, 2002, pp. VIII-276.
8. M. GENTILE, *Giustizia e desiderio. La verità della vittima nel pensiero di René Girard*, 2003, pp. XIV-274.
9. I. TRUJILLO, *Imparzialità*, 2003, pp. XII-324.
10. F. BIONDO, *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, 2003, pp. VI-256.
11. M. CASCAVILLA, *Il diritto insufficiente e necessario*, 2003, pp. XIV-214.
12. F. D'AGOSTINO-P.A. AMODIO (a cura di), *Le libertà religiose e di culto. Contenuto e limiti*, 2003, pp. XIV-130.

18. E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo stato: forme e problemi*, 2004, pp. 240.
19. V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, 2004, pp. X-146.
20. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, 2004, pp. XII-216.

Quinta serie:

1. G. SOLARI, *Il problema del diritto e dello Stato nella filosofia del diritto di Giorgio Guglielmo Federico Hegel*, a cura di F. D'Agostino, 2005, pp. XVIII-126.
2. E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, 2005, pp. XIV-338.
3. F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, 2005, pp. VI-274.
4. G. SARACENI, *Il Profeta e la legge. Riflessioni bergsoniane di filosofia per il diritto*, 2005, pp. VI-130.
5. M.A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, 2005, pp. XVIII-414.
6. S. BAUZON, *La persona biogiuridica*, 2005, pp. XIV-138.
7. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, quarta edizione riveduta e ampliata, 2005, pp. VIII-308.

8. F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia*, 2006, pp. X-150.
9. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, 2006, pp. X-206.
10. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2006, pp. XVI-280.
11. M. BORRELLO, *Diritto e forza. La questione della regola come limite all'arbitrio giuridico*, 2006, pp. X-366.
12. M. CASCAVILLA, *Diritto e morale nell'età dell'Illuminismo*, 2006, pp. X-250.
13. S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, 2006, pp. XII-188.
14. D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, 2007, pp. XXIV-332.
15. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, 2007, pp. XVIII-172.
16. G.R. MORCHON, *Teoria del diritto. Fondamenti di Teoria comunicazionale del diritto*, vol. I, a cura di G. Zaccaria, 2007, pp. XXVI-426.
17. F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, 2007, pp. X-202.
18. L. CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, pp. 248.
19. M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, 2008, pp. XVI-360.
20. M. MANGINI-F. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, 2009, pp. XIV-194.
- Ventuno voci fondamentali, 2011, pp. XII-248.
105. P. GOMARASCA, *Comunità e partecipazione. L'idea di democrazia in Pier Luigi Zampetti*, 2011, pp. XX-228.
106. F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, 2011, pp. XII-172.
107. F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, 2011, pp. XIV-190.
108. G. SADUN BORDONI, *Diritto e politica. Studi sull'epoca post-globale*, 2011, pp. X-266.
109. L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, 2011, pp. X-214.
110. F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, 2011, pp. 168.
111. S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, edizione riveduta e ampliata, 2015, pp. XIV-234.
112. F. D'AGOSTINO, *Jus quia justum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, 2012, pp. XVI-168.
113. F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, 2012, pp. XXII-250.
114. M. MANGINI, *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*, 2012, pp. XII-212.
115. C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, 2012, pp. X-174.
116. G. SOLARI, *Il problema della giustizia e dello Stato nell'antichità classica*, a cura di A. Votrico, 2013, pp. XII-200.
117. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2013, pp. XIV-322.
118. F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, 2014, pp. X-222.
119. S. BAUZON, *Il divenire umano. Riflessioni etiche sui fini della natura*, 2014, pp. XII-124.
120. V. SALA, *Italo Mancini. Filosofo del diritto*, 2014, pp. VIII-128.

Sesta serie:

101. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, seconda edizione riveduta e aggiornata, 2015, pp. XII-348.
102. F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodefinizione*, 2010, pp. X-202.
103. C. SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, 2010, pp. XVIII-294.
104. F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica*.

121. F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, 2014, pp. XX-160.
122. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, 2015, pp. XII-172.
123. E. ANCONA, G. DE ANNA (a cura di), *Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi*, 2015, pp. XXIV-344.
124. M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, 2016, pp. XXXIV-286.
125. L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, 2016, pp. X-254.
126. L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, 2016, pp. XVI-272.
127. L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, 2017, pp. XII-364.
128. L. NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, 2017, pp. XII-140.
129. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, 2017, pp. XII-404.
130. C. SARTEA, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, 2018, pp. X-158.
- Settima serie:**
131. M. POMPEI, *Abuso del diritto. Un approccio tra filosofia e teoria*. Prefazione di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-248.
132. C. SARTEA, *Bioetica e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*. Premessa di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-200.
133. M. KRIENKE, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, 2020, pp. X-358.
134. A.C. AMATO MANGIAMELI, M.N. CAMPAGNOLI, *Strategie digitali. #diritto_ educazione_tecnologie*, 2020, pp. XIV-402.
135. E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, 2020, pp. XIV-242.
136. E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. Epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, 2020, pp. XII-212.
137. F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, 2021, pp. XII-196.
138. I. TRUJILLO (a cura di), *Storie dei diritti umani*, 2021, pp. VIII-184.

