



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Aldo Schiavello

**Il futuro del costituzionalismo  
(se il costituzionalismo ha un futuro)**

**Numero Speciale Anno 2022**

***Ombre del diritto***

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider Aruba S.p.A  
Piazza Garibaldi, 8  
52010 Soci AR  
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482  
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

*I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.*

*In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).*

## **Il futuro del costituzionalismo (se il costituzionalismo ha un futuro)**

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo – 3. Alcuni problemi del costituzionalismo contemporaneo – 4. Conclusione

*Cerchiamo di tirare il collo alla retorica,  
per come prescrive una buona regola.<sup>1</sup>*

### *1. Premessa*

Il costituzionalismo è in crisi? Se si osserva la realtà da un certo angolo visuale e, aggiungerei, pervasi da uno stato d'animo incline all'ottimismo, la risposta non può che essere negativa. Amartya Sen ritiene che vi sia «...qualcosa di profondamente seducente nell'idea che ogni persona in ogni parte nel mondo, a prescindere dalla sua cittadinanza e dalla legislazione del suo paese, sia titolare di alcuni diritti fondamentali che gli altri devono rispettare»<sup>2</sup>.

Stefano Rodotà, in uno dei suoi ultimi libri, osservava non senza soddisfazione:

Oggi assistiamo a pratiche comuni dei diritti. Le donne e gli uomini dei paesi dell'Africa mediterranea e del Vicino Oriente si mobilitano attraverso le reti sociali, occupano le piazze, si rivoltano proprio in nome di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi; lo studente iraniano o il monaco birmano, con il loro telefono cellulare, lanciano nell'universo di Internet le immagini della repressione di libere manifestazioni, anche rischiando feroci

---

<sup>1</sup> L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Milano, 1989, 65.

<sup>2</sup> A. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy & Public Affairs*, 32.4, 2004, 315-356, la citazione è a p. 315.

punizioni, i dissidenti cinesi, e non loro soltanto, chiedono l'anonimato in rete come garanzia della libertà politica; le donne africane sfidano le frustate in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi, i lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell'organizzazione dell'impresa, rivendicano i diritti sindacali, scioperano; gli abitanti del pianeta Facebook si rivoltano quando si pretende di espropriarli del diritto di controllare i loro dati personali, luoghi in tutto il mondo vengono "occupati" per difendere i diritti sociali. E si potrebbe continuare.<sup>3</sup>

Anche Joseph Raz una quindicina di anni fa scriveva:

...è un buon momento per i diritti umani. Non che essi siano rispettati più che nel passato. Il ricorso palese al sequestro di persona, agli arresti arbitrari ed alla tortura da parte degli Stati Uniti, e la restrizione senza precedenti della libertà individuale negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, fanno dubitare al riguardo. *È un buon momento per i diritti umani in quanto nella gestione delle faccende del mondo si ricorre più frequentemente di prima a rivendicazioni concernenti tali diritti.* Esistono dichiarazioni e trattati che hanno ad oggetto i diritti umani, corti e tribunali internazionali con giurisdizione su molteplici violazioni dei diritti umani. Essi sono invocati per giustificare guerre (ad esempio Haiti, Somalia e Jugoslavia). L'osservanza dei diritti umani è considerata come una condizione per la partecipazione a diversi programmi internazionali, per la ricezione di aiuti finanziari, e così via. Parecchie ONG di primo piano monitorano il rispetto dei diritti umani.<sup>4</sup>

È innegabile che la rivendicazione di diritti soggettivi e, più in generale, l'uso massiccio del linguaggio dei diritti permeino il dibattito pubblico contemporaneo e la cultura giuridica. È anche del tutto evidente che il processo di costituzionalizzazione dei nostri ordinamenti giuridici è compiuto<sup>5</sup>. Le costituzioni, e i diritti da esse riconosciuti, infatti, non rappresentano più soltanto – né

---

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 5.

<sup>4</sup> J. RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, 449-468, la citazione è a p. 449, corsivo aggiunto.

<sup>5</sup> Sul processo di costituzionalizzazione, cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 189-215.

principalmente – un argine all'esercizio discrezionale del potere (legislativo, in primo luogo); a seguito di un radicale mutamento di prospettiva, la funzione primaria del potere legislativo è divenuta quella di sviluppare i principi costituzionali: «quando la costituzione è sovrainterpretata non residuano spazi vuoti di – ossia “liberi” dal – diritto costituzionale. Ogni decisione legislativa è pre-disciplinata (forse anche minuziosamente disciplinata) dall'una o dall'altra norma costituzionale. Non vi è legge che possa sfuggire al controllo di legittimità costituzionale. In altre parole, non vi è spazio per alcuna discrezionalità legislativa. Non vi è questione di legittimità costituzionale di cui si possa dire che è solo una *political question*, una questione puramente politica, estranea alla cognizione del giudice della legittimità costituzionale delle leggi»<sup>6</sup>.

Ma questo è sufficiente a rassicurarci? Il fatto che i diritti vengano evocati ad ogni pie' sospinto è una prova decisiva circa la buona salute del costituzionalismo?

Rispondere a questa domanda in modo non superficiale impone, preliminarmente, di precisare di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo.

## 2. *Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo*

Il costituzionalismo a cui si fa riferimento in queste pagine esprime il milieu culturale dell'età dei diritti<sup>7</sup>. Quest'ultima è l'esito di quella che

---

<sup>6</sup> R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 202 s.

<sup>7</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992. Per una analisi più approfondita, accompagnata da una adeguata bibliografia, mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, 2016, in particolare pp. 9-18. Mauro Barberis individua tre aspetti del nuovo costituzionalismo. Il primo – che è quello che più approfondisco in questa sede – è il ricorso sistematico ai diritti. Il secondo aspetto è la giudizializzazione (infelice traduzione dall'inglese *judicialization*) e cioè il passaggio di poteri politici da organi politici ad organi giudiziari. L'ultimo aspetto è la diffusione sovranazionale, avvenuta anch'essa attraverso la cessione di potere normativo a organizzazioni e giudici sovranazionali. Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012, 13-24.

Norberto Bobbio, seguendo la lezione di Immanuel Kant, definisce una rivoluzione copernicana che consiste nel considerare il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma da quella dei secondi, a partire dalla consapevolezza della priorità dell'individuo rispetto al potere. Questo radicale mutamento di prospettiva avviene attraverso un processo a tre fasi.

La prima fase è rappresentata dal giusnaturalismo razionalista settecentesco e, in particolare, dal pensiero di John Locke. Per Bobbio, la centralità di Locke in questo processo di affermazione dell'età dei diritti si deve alla sua idea che gli esseri umani in quanto tali sono per natura detentori di diritti che neppure lo stato può sottrarre loro. La seconda fase consiste nella positivizzazione dei diritti a seguito della Rivoluzione americana e di quella francese. In questa fase, la maggiore concretezza acquisita dai diritti umani è contro-bilanciata da una perdita in universalità. I diritti non appartengono più all'essere umano in quanto tale ma all'essere umano in quanto cittadino. La terza e ultima fase – con cui ha inizio l'età dei diritti in senso stretto – è aperta dalla promulgazione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da questo momento, l'affermazione dei diritti è, al contempo, positiva e universale. È positiva, in quanto la Dichiarazione universale dà il via a «...un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati»<sup>8</sup>. È universale perché i destinatari dei diritti sono tutti gli esseri umani e non più soltanto i cittadini di questo o quello stato.

L'età dei diritti e il costituzionalismo contemporaneo segnano un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale. Se la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo<sup>9</sup>. Se lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le

---

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *L'età*, cit., 23.

<sup>9</sup> Cfr L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997.

‘procedure’ che l’autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti ‘sostanziali’, di ‘contenuto’, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l’età dei diritti segni il passaggio da una concezione del ‘rule of law’ ad un’altra.

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del ‘rule of law’ possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l’alternativa tra ‘rule of men’ e ‘rule of law’<sup>10</sup>.

Il primo modello pone l’accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il ‘rule of law’ sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek quando difende l’ideale della sovranità della legge: «messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l’autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza»<sup>11</sup>.

La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller<sup>12</sup>. Secondo questo autore, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano

---

<sup>10</sup> Riprendo queste note preliminari sulla nozione di *rule of law* da A. SCHIAVELLO, *Il ‘rule of law’ secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in *‘Rule of Law’. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, 109-133. Più di recente, ho ripreso questo tema in A. SCHIAVELLO, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico di Bruno Celano*, in *Discussendo con Bruno Celano, I. Contributi*, a cura di M. Maldonado, P. Luque, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019, 253-276.

<sup>11</sup> F. A. HAYEK, *La via della schiavitù*<sup>2</sup> (1944<sup>1</sup>), Milano, 2007, 123.

<sup>12</sup> L. L. FULLER, *La moralità del diritto*<sup>3</sup> (1964<sup>1</sup>; 1969<sup>2</sup>), Milano, 1986, cap. 2.

le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara e il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato. Fuller è convinto che il soddisfacimento di questi otto *desiderata* e, in particolare, l'assenza di contraddizioni e la congruenza abbiano 'maggiore affinità' con ciò che è buono piuttosto che con ciò che è malvagio. Herbert Hart, al contrario, osserva che questa concezione del 'rule of law' sia «purtroppo compatibile con una grande iniquità»<sup>13</sup>.

Una concezione del 'rule of law' simile a quella di Fuller è proposta da Raz<sup>14</sup>. A differenza di Fuller, egli nega la coincidenza tra diritto e 'rule of law': un ordinamento giuridico può disattendere in modo radicale le caratteristiche formali individuate da Fuller e essere, pur sempre, un ordinamento giuridico. Inoltre, la presenza di queste caratteristiche non garantisce – come già osservato da Hart – che il diritto non violi radicalmente alcuni valori morali o che tuteli adeguatamente la dignità degli individui. La funzione primaria del diritto è quella di guidare la condotta umana. Il 'rule of law' garantisce che questo compito venga svolto in modo efficiente, che venga arginato l'arbitrio del potere e che, come osserva Hayek, venga tutelata la libertà individuale. Così come il coltello serve a tagliare, il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del 'rule of law' guida meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti<sup>15</sup>. Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del 'rule of law' può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

Il secondo modello di 'rule of law' è collegato – almeno originariamente – al common law e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert

---

<sup>13</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*<sup>3</sup> (1961<sup>1</sup>; 1994<sup>2</sup>), Torino, 2002, 241.

<sup>14</sup> J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 219-223.

<sup>15</sup> J. RAZ, *The Authority*, cit., 225.

Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria 'ragione giuridica' i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di 'rule of law' presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immutabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti<sup>16</sup>. È questo il modello di 'rule of law' incarnato dall'età dei diritti.

Il primo modello di 'rule of law' (che potremmo denominare 'illuminista') tutela la libertà e l'autonomia in quanto permette agli individui di conoscere *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, un diritto con queste caratteristiche tratta coloro che sono soggetti alle regole da esseri umani adulti, nel senso che si propone di incidere sul loro comportamento in modo aperto e non surrettizio, lasciando agli individui stessi la scelta di seguire o meno le regole (conoscendo per l'appunto *ex ante* la conseguenza della loro decisione). Il 'rule of law' agisce davanti agli occhi degli individui e non dietro le loro spalle.

Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti e certamente non trascurabili in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

---

<sup>16</sup> Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il 'Rule of law' e la 'governance' del mondo*, Bologna, 2012.

Il costituzionalismo contemporaneo esprime anche una teoria del diritto, una filosofia del diritto e una ideologia del diritto<sup>17</sup>.

La teoria del diritto si propone esplicitamente come alternativa rispetto alla teoria del diritto del positivismo giuridico ottocentesco. In particolare, la teoria del diritto del costituzionalismo rifiuta i dogmi dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo. Inoltre, tale teoria attribuisce un ruolo di primo piano ai principi e tende a distinguere questi ultimi, più o meno nettamente, dalle regole (si pensi, ad esempio, a Ronald Dworkin) e, infine, propone una concezione ‘sostanzialista’ della validità delle norme giuridiche (si pensi, ad esempio, a Luigi Ferrajoli).

La filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo aspira ad essere una alternativa a giuspositivismo e giusnaturalismo. I punti salienti di tale concezione del diritto sarebbero *a)* la riproposizione della tesi (giusnaturalista) della connessione necessaria tra diritto e morale; *b)* l'accoglimento della tesi (giuspositivista) secondo cui il termine ‘diritto’ e l'espressione ‘diritto positivo’ sono sinonimi; *c)* l'idea che il diritto è una pratica sociale argomentativa; *d)* la critica al giuspositivismo metodologico e, in particolare, alla netta distinzione tra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere e a quella tra descrivere e valutare-prescrivere. Pur non potendo approfondire questo aspetto in questa sede, ho sostenuto altrove che l'aspirazione della filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo di rappresentare un *tertium genus* rispetto alla coppia giusnaturalismo/giuspositivismo sia destinata ad essere frustrata.

L'ideologia del costituzionalismo contemporaneo coincide con un atteggiamento ideologico e assiologico di adesione morale alla forma di stato incarnata dagli stati costituzionali contemporanei e alla cultura dei diritti. Per dirla con Paolo Comanducci, «il neocostituzionalismo ideologico non si limita a descrivere gli esiti del processo di

---

<sup>17</sup> Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 16.1, 2016, 82-97, e la bibliografia ivi indicata. Si veda tuttavia almeno G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 56.1, 2011, 965-997.

costituzionalizzazione, ma li valuta positivamente e ne propugna la difesa e l'ampliamento»<sup>18</sup>.

In generale, questa breve analisi della teoria, della filosofia e della ideologia del costituzionalismo contemporaneo mostra come la cultura giuridica, sia passata dal modello del giurista come 'custode' del diritto al modello del giurista 'creatore'<sup>19</sup>. In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L'attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista-custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Norberto Bobbio sostiene che il giurista creatore distolga la sua attenzione dall'attività interpretativa per dedicarsi, appunto, alla creazione del diritto. Presentare l'interpretazione e la creazione come opzioni rigidamente alternative è tuttavia fuorviante; anche nel caso in cui il giurista si auto-rappresenti o venga rappresentato come creatore del diritto, la sua attività prevalente è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Il giurista custode adotta un atteggiamento di 'self-restraint', mentre il giurista creatore espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

---

<sup>18</sup> P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzarese, Torino, 2002, 71-94, la citazione è a p. 82.

<sup>19</sup> Riprendo questa modellizzazione da N. BOBBIO *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977<sup>1</sup>), Roma-Bari, 2007, 34 ss. Cfr. anche A. SCHIAVELLO, *Il diritto e il suo doppio. In cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 6, num. Spec. 2017, 65-85.

Riassumendo, l'età dei diritti è l'esito della rivoluzione copernicana compiuta dall'illuminismo, che ha messo al centro della riflessione politica l'individuo, non considerando più quest'ultimo come la parte del tutto rappresentato dalla società e dallo stato. Dell'illuminismo, l'età dei diritti incorpora anche la fiducia nella ragione ed enfatizza il ruolo di quest'ultima nella costruzione di una cosmopoli di individui che hanno diritto a pari dignità e rispetto. Come arco temporale, l'età dei diritti designa il periodo che va dalla fine della Seconda guerra mondiale ai giorni nostri. Essa intende marcare una radicale rottura rispetto ai totalitarismi e alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente; è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, pubblicato subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, individua il limite dei diritti umani, sino a quel momento, nel non garantire effettivamente tutti gli esseri umani ma solo i cittadini di uno stato sovrano. Scrive Arendt: «Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei *Lager*, e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. *In altre parole, è stata creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita*»<sup>20</sup>.

Il medesimo punto è sottolineato anche da Primo Levi in *Se questo è un uomo*, quando racconta del suo incontro col dottor Pannwitz, responsabile del reparto di chimica ad Auschwitz. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si

---

<sup>20</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951<sup>1</sup>), Torino, 2009, 409, corsivo aggiunto.

scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario»<sup>21</sup>.

L'età dei diritti è la promessa che tutto questo non si verificherà mai più: i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni esseri umani possano guardarne altri come attraverso il vetro di un acquario. Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive.

La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti. Non si tratta tuttavia di una fiducia ingenua, né della fiducia inerte di chi attende la manna dal cielo. E neanche della fiducia impaziente di chi vuole tutto e subito. Sempre Bobbio ci mette in guardia dai facili ottimismo: «la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano»<sup>22</sup>.

Anche Antonio Cassese osserva, non senza enfasi, che «questa esigenza dei tempi lunghi e delle continue ricadute non deve stupire. Anche se i diritti umani non sono una religione, essi partecipano di molti caratteri propri delle grandi religioni tradizionali. Anche quelle religioni richiesero molti anni per espandersi, incontrarono ostacoli, persecuzioni, rifiuti. Ma hanno finito per dominare le menti e condizionare il comportamento di generazioni e generazioni di uomini e di Stati. Anche esse hanno visto i precetti che ne costituivano l'essenza calpestati, non solo dagli avversari, ma dagli stessi seguaci. Anche esse, dunque, hanno dovuto convivere con violazioni quotidiane dei loro principi, che tuttavia non hanno intaccato il loro impeto di espansione. Ciò vale anche per i diritti umani, che vengono

---

<sup>21</sup> P. LEVI, *Se questo è un uomo* (1958), in ID. *Se questo è un uomo/La tregua*, Torino, 1992, in part. 91-97, entrambe le citazioni riportate nel testo sono a p. 95.

<sup>22</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 269.

ogni giorno disconosciuti in tanti paesi, ma non per questo risultano incrinati nella loro essenza di grande *ethos* sociale»<sup>23</sup>.

### 3. *Alcuni problemi di costituzionalismo contemporaneo*

Un tassello cruciale dell'età dei diritti è dunque la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità<sup>24</sup>. Tale fiducia che, come si è detto, non è né ingenua né inerte, si fonda sulla convinzione che il riconoscimento dei diritti umani rappresenti uno spartiacque nella storia dell'umanità tra un 'prima', caratterizzato da conflitti, atrocità e sopraffazione e un 'dopo', in cui vige (deve vige) la pace e l'armonia tra gli esseri umani.

Un presupposto della fiducia che caratterizza l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

La centralità dell'accordo universale sui diritti umani è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani. Il timore è che la ricerca di una fondazione filosofica per i diritti umani potrebbe condurre a divisioni radicali e, dunque, potrebbe inficiare l'accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

La rimozione sistematica della questione del fondamento dei diritti dell'uomo è rivendicata da più parti come la strategia da seguire.

Jacques Maritain, nell'introduzione ad un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco nell'occasione della promulgazione della Dichiarazione universale e pubblicata originariamente nel 1949, nota

---

<sup>23</sup> A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 231 s.

<sup>24</sup> Anche in quest'occasione mi permetto di rinviare, per una analisi più approfondita, accompagnata da un adeguato apparato bibliografico, a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, cit., in part. 22-32.

con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. I diritti umani sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. E non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica<sup>25</sup>.

Se l'osservazione di Maritain può essere considerata come una espressione di entusiasmo per la conclusione del conflitto mondiale e per l'imminente promulgazione della Dichiarazione universale, più difficile appare applicare la medesima chiave di lettura all'osservazione analoga di Bobbio – tratta da una relazione sul tema del fondamento dei diritti tenuta ad un Convegno nel 1964 – che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quelli di *giustificarli*, quanto quelli di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico»<sup>26</sup>.

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty ripercorre il medesimo sentiero. Egli riprende dal filosofo argentino Eduardo Rabossi l'espressione 'cultura dei diritti umani' – espressione che ricorda da vicino la bobbiana 'età dei diritti' – e afferma che questa cultura è «un evento nuovo e positivo del mondo del dopo-olocausto». Nel medesimo saggio, citando Rabossi, Rorty osserva che «il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico»<sup>27</sup>.

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio. Jeanne Hersch osserva in modo acuto che «il rispetto e la violazione delle esigenze poste dai diritti umani ha implicazioni così dirette e concrete sulla vita degli esseri umani che una digressione filosofica in proposito può risultare inutile o persino inaccettabile, quasi indecente [...]. Tuttavia la 'digressione filosofica'

---

<sup>25</sup> Cfr. J. MARITAIN, *Introduction*, in *Human Rights. Comments and Interpretations* (1949<sup>1</sup>), Westport, 1973, 9-17.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 5-16, la citazione è a p. 16, corsivi dell'autore.

<sup>27</sup> R. RORTY, *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, a cura di S. Shute e S. Hurley, Milano, 1994, 128-151, la citazione è a p. 132.

s'impone se vogliamo cercare di comprendere perché, nonostante il riconoscimento quasi universale, i diritti umani continuano ad essere violati in mille modi, sotto gli occhi di tutti, un po' ovunque nel nostro pianeta»<sup>28</sup>. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito ad elencare alcuni tra gli argomenti che considero preminenti.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato in quanto vago e generico; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire ad una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Quale è il corretto temperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile. La proliferazione dei diritti contribuisce anche a esplicitare quella che, seguendo l'analisi recente di Gustavo Zagrebelsky, potremmo chiamare l'ambivalenza dei diritti<sup>29</sup>. I diritti, mettendo al centro l'individuo e la sua superiorità assiologica rispetto al potere, sono strumenti di cambiamento della società. Il potere, al contrario, gradisce lo *status quo*. Rivendicare un diritto significa dunque proporre un cambiamento sociale (si pensi ad esempio a Rosa Parks). L'ambivalenza dei diritti dipende proprio dal tipo di cambiamento che, attraverso di essi, si vuole produrre. Se vengono branditi dagli oppressi, i diritti saranno strumenti di emancipazione e di giustizia; al contrario,

---

<sup>28</sup> J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, 59 s. Riprendo questa citazione da B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2.1, 2014, 59-71 (la citazione è a p. 59).

<sup>29</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 93-97.

se sono rivendicati dagli oppressori si risolvono in pretesti della prepotenza e contribuiranno ad acuire la diseguaglianza sociale. La connotazione emotiva favorevole correlata al linguaggio dei diritti<sup>30</sup> ci fa illudere che essi non possano che essere strumenti di emancipazione; questa è, tuttavia, solo un'illusione e questo inizio di terzo millennio non perde occasioni per rammentarcelo.

In terzo luogo, un altro aspetto al quale non sempre si tributa l'attenzione che merita è che tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa. Per usare le parole di un fortunato libro dal significativo titolo *Il costo dei diritti*: «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili»<sup>31</sup>. Dworkin sostiene che i diritti siano carte vincenti nelle mani dei cittadini i quali possono servirsene anche contro il benessere collettivo, lo stato e il governo. Questo è vero solo molto parzialmente. L'esercizio di ogni diritto da parte dei cittadini presuppone che lo Stato abbia previsto delle politiche di spesa che garantiscano la loro tutela.

Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al 'linguaggio dei diritti' e, dunque, presuppone un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o contemperamento e così via. Per le ragioni viste in precedenza, ciò chiama in causa la questione del fondamento.

---

<sup>30</sup> F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 365-373.

<sup>31</sup> S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999<sup>1</sup>), Bologna, 2000, 231. Più in generale sulla questione delle garanzie dei diritti cfr. T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2.1, 2014, 135-150.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi, sostenuta da una minoranza combattiva, che il proliferare delle Carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ovviamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. Anna Pintore, ad esempio, critica proprio la tendenza 'oggi molto diffusa' «...a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire»<sup>32</sup>. Questo tuttavia è solo un aspetto del problema e, peraltro, non è l'aspetto più grave. Se a ciò si aggiunge che il disaccordo etico sui diritti è strutturale (così come, più in generale, il disaccordo sulla giustizia, sulla politica e sul diritto)<sup>33</sup>, allora la convinzione che i diritti delimitino un ambito sottratto alla decisione si presenta come una finzione (pericolosa) nella misura in cui decisioni prese a maggioranza (o da una 'aristocrazia' giurisdizionale) vengono 'travestite' da mero riconoscimento di diritti preesistenti.

---

<sup>32</sup> Cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, 179-200, la citazione è a p. 179, corsivo dell'autrice. L'espressione 'diritti insaziabili' è ripresa da A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-1997, 417-471. Cfr. anche L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 19-26. Sui complessi rapporti tra diritti fondamentali e democrazia – in una prospettiva parzialmente diversa da quella presentata qui – si veda anche M. BOVERO, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 16, 2016, 11-21.

<sup>33</sup> Questa tesi è argomentata in modo convincente da Jeremy Waldron. Cfr. J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. it. a cura di A. Pintore, Milano, 2001; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; ID., *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, ed. by R.P. George, Oxford, 1992, 158-187.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esiste un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo e dal multiculturalismo. Il pluralismo evoca l'idea di incommensurabilità. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce incomunicabilità né, *a fortiori*, una incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili – ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come potrebbe essere il linguaggio dei diritti – e, talvolta, l'esito di questa comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l'altra è scorretta (ad esempio, perché si tratta di una posizione incoerente o fondata su presupposti di fatto falsi). Tuttavia, a me sembra che una società genuinamente pluralista è, direi concettualmente, una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Per dirla con Amy Gutmann, il pluralismo implica che «...su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle considerazioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti»<sup>34</sup>. Questa conclusione vale, a maggior ragione, in relazione alle società multiculturali, che sono caratterizzate dalla presenza di più entità culturali (vale a dire di più universi simbolici che conferiscono significato ai piani di vita di ciascuno di noi) che aspirano a conservare la loro identità di origine e a partecipare alla vita politica comune. È proprio la natura originaria delle culture a rendere il problema dell'incommensurabilità ancora più centrale di quanto esso non sia in relazione al pluralismo.

Prendere il pluralismo sul serio richiede la disponibilità ad affrontare i conflitti in un certo modo. In breve, è possibile distinguere due diversi modi di gestire il conflitto: l'argomentazione e la negoziazione. Argomentare significa impegnarsi in una discussione in cui l'unica cosa

---

<sup>34</sup> A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 3, 1993, 3-40, la citazione è alle pp. 25-26.

che conta è la forza degli argomenti. In un contesto argomentativo, la soluzione che prevale è quella sostenuta dall'argomento migliore, dalla ragione più forte.

In un contesto negoziale si rinuncia (per ragioni diverse) a ricercare la soluzione giusta e si procede per concessioni reciproche sino a pervenire ad un accomodamento che soddisfi, sia pure non completamente, tutte le parti in causa. La negoziazione non è una strada facile, né è possibile stabilire confini certi e *a priori* tra ciò che si può negoziare e ciò che non è negoziabile. Per alcuni, un determinato compromesso rappresenterà una intollerabile violazione di qualche diritto fondamentale e/o di qualche principio inderogabile di uno stato democratico. Per altri sarà invece ammissibile e opportuno. Se è certamente vero che non è affatto facile stabilire cosa si possa negoziare e sino a che punto sia lecito derogare dalle proprie convinzioni personali per andare incontro a quelle altrui (anche a quelle di chi è intollerante), tuttavia, prendere sul serio pluralismo e multiculturalismo impone di non rifiutare *a priori* il modello della negoziazione. Se questo è vero, il pluralismo impone talvolta di accontentarsi di un accomodamento tollerabile, di un mero *modus vivendi*, che è qualcosa di molto diverso dalla concordanza universale su alcuni valori fondamentali promessa dalla cultura dei diritti. A conclusioni simili sembra pervenire Massimo Luciani quando scrive che: «occorre rifuggire [...] i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere»<sup>35</sup>. Anche in questo caso tuttavia si mette di fatto in questione la cultura dei diritti che ambisce ad addomesticare e a limitare il potere piuttosto che ad attribuire a quest'ultimo il compito di ponderare e bilanciare e, in definitiva, di accomodare le cose, come sempre, a proprio piacimento.

Le questioni e i problemi ai quali si è accennato in questo paragrafo minano la fiducia che caratterizza l'età dei diritti. Si deve ricordare,

---

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643-1668, la citazione è a p. 1668, corsivi dell'autore..

tuttavia, riprendendo le parole di Bobbio, che «la storia dei diritti umani è quella dei tempi lunghi». Il monito di Bobbio ci aiuta a non cedere alla tentazione di decretare con troppa fretta e superficialità la fine dell'età dei diritti. Piuttosto, è il caso di domandarsi se il discorso dei diritti posseda o meno le risorse per superare gli ostacoli che incontra sul suo cammino recuperando così il proprio ruolo di *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità.

Pur non ambendo a essere annoverato tra i 'profeti di sventura', temo che la forza propulsiva della cultura dei diritti sia agli sgoccioli; ormai, infatti, il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle chance di essere accolte. Non è forse troppo azzardato sostenere che l'uso retorico e spregiudicato del linguaggio dei diritti al fine di incrementare la forza delle proprie rivendicazioni politiche sia uno degli esiti pressoché inevitabili della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici. È indicativo al riguardo che John Rawls, autore la cui influenza sul dibattito filosofico-politico contemporaneo difficilmente può essere sovrastimata, consideri la ragione pubblica – che non è altro che il 'distillato' della cultura dei diritti – non come uno 'sbarramento' ma, piuttosto, come un 'linguaggio comune' o come un 'traduttore' degli argomenti e delle ragioni che vengono presentati nel dibattito pubblico. La ragione pubblica richiede cioè che la discussione pubblica sugli elementi costituzionali essenziali e sulle questioni di giustizia fondamentale venga condotta entro i limiti della concezione politica della giustizia, ma non presuppone che vi sia un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti.

La retorica dei diritti è particolarmente odiosa in relazione ai migranti che, oggi, presentano alcune analogie con gli ebrei nella Germania nazista. Osserva Zagrebelsky che «le Convenzioni internazionali e, spesso, le Costituzioni nazionali non fanno differenze tra cittadini e stranieri, quando si tratta della protezione minima essenziale della dignità delle persone. Ma questa tutela, chiara dal punto

di vista giuridico estratto, è oscura dal punto di vista della realtà concreta»<sup>36</sup>.

È possibile che la situazione sia ancora peggiore di come la prospetti Zagrebelsky; almeno in alcuni casi, infatti, è già sul piano normativo che, a dispetto di un generico tributo al rispetto dei diritti fondamentali, si prevede in realtà una violazione degli stessi. Il Rapporto di *Amnesty* del 2016 sugli immigrati, ad esempio, denuncia in modo circostanziato numerosi casi di violazioni dei diritti dei migranti da parte delle forze dell'ordine all'interno degli hotspot, dove si identificano i migranti al momento del loro primo ingresso nel territorio europeo<sup>37</sup>. Come era prevedibile, alla pubblicazione del Rapporto hanno fatto seguito polemiche e smentite. La questione rilevante tuttavia è che la normativa europea sugli hotspot a fatica può essere ritenuta compatibile con la cultura dei diritti. L'approccio 'hotspot' prevede come suo scopo primario l'identificazione dei migranti tramite l'acquisizione delle impronte digitali nel paese di primo ingresso. Ciò al fine di garantire, in caso di attraversamento dei confini, il rinvio dei migranti nei paesi in cui vengono identificati per la prima volta. Il Consiglio dell'UE individua una serie di pratiche per 'costringere' i migranti a...cooperare (un bell'esempio di ossimoro!). Tra queste è previsto, in casi estremi, anche l'uso della forza, in misura del 'minimo necessario' e nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica del migrante<sup>38</sup>. Ora, nonostante questi *caveat*, quasi delle formule di stile, è evidente che l'assenza di norme che disciplinino in modo dettagliato e pignolo i limiti all'uso della forza negli hotspot, apra le porte all'arbitrio e sia potenzialmente criminogena e contraria alla cultura dei diritti, assimilando il migrante a un potenziale nemico. È significativo che, come sottolinea uno studio recente, il termine

---

<sup>36</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 86.

<sup>37</sup> *Hotspot Italia. Come le politiche dell'unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, <http://www.rapportoannuale.amnesty.it/2015-2016/italia#1> (consultato il 09/06/2017).

<sup>38</sup> Per un'analisi approfondita e convincente, cfr. A. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 9 dicembre 2016, 1-13.

‘hotspot’ sia utilizzato, in tempi di guerra, per indicare le zone in cui sono attivi i combattimenti, nonché, in tempi di pace, le zone di guerriglia urbana<sup>39</sup>.

È significativo che anche Bobbio, uno tra i principali profeti dei diritti umani, negli ultimi anni della sua vita fosse incline a considerazioni analoghe a quelle avanzate in questo paragrafo:

Dobbiamo renderci conto ancora una volta che il nostro senso morale avanza, posto che avanzi, molto più lentamente del potere economico, di quello politico, di quello tecnologico. Tutte le nostre proclamazioni di diritti appartengono al mondo dell’ideale, al mondo di ciò che dovrebbe essere, di ciò che è bene che sia. Ma guardandoci attorno [...] vediamo macchiate di sangue le nostre strade, mucchi di cadaveri abbandonati, intere popolazioni cacciate dalle loro case, lacere e affamate, bambini macilenti con le occhiaie fuori della testa che non hanno mai sorriso, e non riescono a sorridere prima della morte precoce. È bello, forse anche incoraggiante, chiamare, per analogia con la creazione di strumenti sempre più perfezionati, una grande invenzione della nostra civiltà i diritti dell’uomo, ma rispetto alle invenzioni tecniche sono una invenzione che rimane più annunciata che eseguita. Il *nuovo ethos mondiale dei diritti dell’uomo* risplende soltanto nelle solenni dichiarazioni internazionali e nei congressi mondiali che li celebrano e dottamente li commentano, ma a queste solenni celebrazioni, a questi dotti commenti corrisponde in realtà la loro sistematica violazione in quasi tutti i paesi del mondo (forse potremmo anche dire *tutti* senza timore di sbagliare), nei rapporti tra potenti e deboli, tra ricchi e poveri, tra chi sa e chi non sa<sup>40</sup>.

#### 4. Conclusioni

Il costituzionalismo è in crisi, dunque? Se con questa etichetta intendiamo riferirci soltanto a un discorso giuridico improntato al linguaggio dei diritti e a un certo assetto tra poteri che valorizza il

---

<sup>39</sup> M. NEOCLEOUS, M. KASTRINOU, *The EU hotspot. Police war against the migrant*, in *Radical Philosophy* 200, nov/dec 2016, 3-9.

<sup>40</sup> B. BOBBIO, *Autobiografia*, Roma-Bari, 1997, 261 s., corsivi nell’originale. La mia attenzione su questo passo è stata richiamata da G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 5.

potere giudiziario a discapito del legislativo e dell'esecutivo, allora non si può che rispondere negativamente. Il linguaggio dei diritti è *la lingua franca* attraverso cui avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre vengano accolte. Parafrasando Jon Elster, si potrebbe considerare l'uso pervasivo del linguaggio dei diritti come un caso emblematico di quella 'forza civilizzatrice dell'ipocrisia' che ci porta a travestire i nostri interessi particolari da ragioni universalizzabili. Inoltre, è proprio attraverso il linguaggio dei diritti e il processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici che i giudici e le corti sono stati in grado di espandere il proprio potere politico.

Se invece consideriamo parte integrante del costituzionalismo l'individualismo di matrice illuminista, che sta sullo sfondo della rivoluzione copernicana che inverte la prospettiva da cui osservare il rapporto tra governanti e governati, e la convinzione che esista uno zoccolo duro (auspicabilmente in espansione) di valori morali universalmente condivisi sui quali edificare un futuro di pace e prosperità dell'umanità, allora è difficile negare la crisi del costituzionalismo. È proprio l'idea che vi siano valori (sufficientemente 'spessi') condivisi da tutti ad essere stata messa in questione. La crisi del costituzionalismo non è dunque collegata al fatto che la realtà abbia in vario modo fatto 'resistenza' alla cultura dei diritti. Guardare a ciò che è andato storto in questi decenni (e, peraltro, sin da subito<sup>41</sup>) significherebbe confondere la dimensione assiologico-normativa

---

<sup>41</sup> Noam Chomsky e Edward S. Herman, ad esempio, a proposito della politica nordamericana del secondo dopo guerra giungono ad una conclusione senza appello: «Quali che siano gli atteggiamenti della leadership Usa verso la libertà interna (un atteggiamento, come si è notato, molto ambiguo), la politica attuata sistematicamente verso i Paesi del Terzo mondo [...] dimostra che il presunto impegno in difesa della democrazia e dei diritti umani è semplice retorica e in palese contrasto con la politica reale» (N. CHOMSKY, E. S. HERMAN, *La 'Washington Connection' e il fascismo del terzo mondo. L'economia politica dei diritti umani* [1979], Milano, 2005, 31).

dell'ideale (o degli ideali) incarnato(/i) dall'età dei diritti con la dimensione fattuale delle possibili violazioni di tale ideale<sup>42</sup>.

Il punto cruciale è che il linguaggio dei diritti, svuotato dalla credenza in alcuni valori condivisi e dalla fiducia nel progresso morale dell'umanità, non è altro che una delle tante modalità possibili del potere.

Sull'idea di progresso morale è forse opportuno spendere in conclusione qualche parola. Immanuel Kant, ripreso da Bobbio, si domanda se il genere umano sia in costante progresso morale, o in costante regresso ovvero sia, più o meno, sempre lo stesso da un punto di vista morale (tesi, quest'ultima, che Kant denomina 'abderitismo'). L'opzione del regresso è subito scartata da Kant per la sua illogicità: se l'umanità fosse in costante regresso morale, da molto tempo ormai sarebbe stato raggiunto un livello di abiezione tale da comportare l'estinzione stessa degli esseri umani. Ci sarebbero invece, secondo Kant (e Bobbio) segni premonitori del progresso morale dell'umanità, rispettivamente la Rivoluzione francese e il costituzionalismo del secondo dopoguerra. Non sarebbe difficile tuttavia individuare rilevanti segni premonitori anche di un regresso morale. Questo è un punto a vantaggio dell'abderitismo'. In ogni caso, sia gli ottimisti che i pessimisti, quelli che vedono sempre il bicchiere mezzo pieno così come coloro che pensano che sia sempre mezzo vuoto, dovrebbero evitare di esagerare il ruolo del diritto nel favorire le magnifiche sorti e progressive della società o, al contrario, nel produrre il suo decadimento e la sua corruzione. Il diritto è soltanto uno strumento e può essere usato bene o male a seconda dei casi. Anche lo stato costituzionale non fa eccezione. Come rileva Zagrebelsky, i diritti umani possono servire altrettanto bene come strumenti di emancipazione degli oppressi o come giustificazione della prepotenza degli oppressori.

---

<sup>42</sup> Riprendo questa distinzione da T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in *Atlante di filosofia del diritto*, II, a cura di U. Pomarici, Torino, 2012, 179-217, in particolare pp. 202-206.

## ABSTRACT

Il costituzionalismo è in crisi? Se con questa ci riferiamo soltanto a un discorso giuridico improntato al linguaggio dei diritti e a un certo assetto tra poteri che valorizza il potere giudiziario a discapito del legislativo e dell'esecutivo, allora non si può che rispondere negativamente. Se invece consideriamo parte integrante del costituzionalismo l'individualismo di matrice illuminista e la convinzione che esista uno zoccolo duro di valori morali universalmente condivisi sui quali edificare un futuro di pace e prosperità dell'umanità, allora è difficile negare la crisi del costituzionalismo.

Is constitutionalism in crisis? If by 'constitutionalism' we only refer to a legal discourse grounded on the language of rights and to a division of powers that favors judicial power at the expense of legislative and executive ones, in that case, the answer is 'not'. If, instead, we consider as an integral part of constitutionalism the Enlightenment's individualism and the belief in some universal moral values on which to ground a future of peace and prosperity for humanity, then denying the crisis of constitutionalism becomes difficult.

## PAROLE CHIAVE

Costituzionalismo; diritti umani; rule of law; oggettività della morale; interpretazione giuridica.

Constitutionalism; human rights; rule of law; moral objectivity; legal interpretation

ALDO SCHIAVELLO  
Email: [aldo.schiavello@unipa.it](mailto:aldo.schiavello@unipa.it)

