L'età dei diritti (e la sua crisi)

Geminello Preterossi

In questo saggio mi occuperò del nesso tra la teoria dei diritti di Bobbio e la sua concezione 'giuspositivista' in senso metodologico e 'artificialista' della giuridicità (moderna): un approccio che ha ancora molto da insegnare rispetto agli opposti speculari del neo-giusnaturalismo impolitico e del nichilismo tecnocratico, entrambi radici culturali e sintomi della crisi attuale dell'età dei diritti in Occidente. La prima parte della mia analisi sarà dedicata a mettere in rapporto l'approccio storico-realista di Bobbio al tema dei diritti (che non impedisce la loro netta difesa e valorizzazione in chiave laica e neoilluminista) con la sua concezione della giuridicità. Nella seconda parte, svolgerò alcune riflessioni sulle prospettive ambivalenti dell'attuale stagione dei diritti.

Sono convinto che uno dei tratti più caratteristici – e fecondi - del pensiero di Bobbio sia rappresentato dalla sua capacità di tenere insieme diritto e potere, normativismo giuridico e realismo politico. Due approcci e linee di pensiero che egli traeva dai suoi 'classici' – Hobbes, a suo modo Hegel, gli elitisti, lo stesso Kelsen -, e che, dopo Bobbio, nel dibattito contemporaneo, anche in quello da lui influenzato, hanno teso a separarsi.

Ricapitolo brevemente le principali tesi di Bobbio sui diritti:

I diritti cosiddetti 'naturali' sono in realtà 'storici'; sono un prodotto della modernità; presuppongono una concezione individualistica e il processo di secolarizzazione. I diritti non hanno un fondamento 'assoluto' (cioè immodificabile, indiscusso, irresistibile, non disponibile a integrazioni, evoluzioni, compromessi e bilanciamenti più o meno 'ragionevoli'), ma ciò non toglie che siano – o possano essere intesi – come 'fondamentali', cioè che siano pensabili e argomentabili come centrali per l'autocomprensione dei raggruppamenti umani, almeno nelle società moderne, post-tradizionali[1]. E che due diritti fondamentali *debbano* essere intesi come 'assoluti', cioè non limitabili ('privilegiati', dice Bobbio[2]): il diritto a non essere resi schiavi e quello a non essere torturati; una tesi normativa (non certo una constatazione di fatto) che costituisce la premessa necessaria della logica complessiva dell'età dei diritti, rivelandone la radice nella nozione di 'soggetto', non trattabile come 'cosa' né strumentalizzabile come 'mezzo'; se si deroga, ammettendo – magari per un calcolo utilitari-

1 Cfr. N.Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. VIII, 5 ss.
2 Ivi, p. 11.

stico – un po' di tortura e schiavitù, semplicemente si fuoriesce concettualmente da quella logica. Personalmente ritengo, sulla scia di Bobbio, che assolutezza del fondamento e argomentabilità razionale siano due cose ben diverse. L'esclusione del primo, sulla base della natura storica e antinomica dei diritti e del pluralismo etico-culturale, non esclude la prospettazione di argomenti credibili e convincenti – per quanto diversi da un atto di fede o dalla conoscenza oggettiva del Bene - a favore dei e sui diritti (quelli che Bobbio chiama i "fondamenti possibili"[3]). Del resto, gli argomenti razionali nascono sempre nei contesti, ma sono in grado di trascenderli, almeno parzialmente (in questo si differenziano da posizioni dogmatiche e fideistiche), e di serbare una certa cogenza intrinseca, anche nel confronto con tradizioni diverse. In ogni caso, per Bobbio pragmaticamente non è l'individuazione di un fondamento 'assoluto' a creare le premesse della positività ed effettività dei diritti, ma la realizzazione di un consenso sufficientemente diffuso e la predisposizione di adeguati strumenti di azionabilità e garanzia. Qui c'è un possibile punto di debolezza nella concezione bobbiana. Quello di 'consenso' è infatti un concetto ambiguo: non è di per sé un criterio normativo, ma un dato sociologico, e può essere opaco, strumentale, passivo, revocabile, persino immotivato (in questo senso, l'argomentabilità razionale è qualcosa di diverso dal consenso, anche se può contribuire a determinarlo). Naturalmente, il fatto che si sia dato su così vasta scala con la Dichiarazione Universale del 1948 è straordinariamente rilevante, dal punto vista giuridico e storico, ma non elimina tali ambiguità concettuali. In realtà, è la stessa 'modernità' dei diritti – cioè la loro matrice e punto di forza - a determinare questa aporia per cui quanto avrebbe valore essenzialmente per motivi etico-razionali – i diritti –, dovendo passare necessariamente attraverso il filtro della giuridificazione, accede a un altro piano di validazione, più efficace ma anche più esposto all'opacità del 'politico'.

Per capire la teoria dei diritti di Bobbio occorre metterla in rapporto con il suo 'concetto di diritto', da cui dipende la costruzione della validità giuridica dei diritti stessi.

Il rapporto biunivoco diritto-potere qualifica il diritto moderno, consentendo la limitazione del potere entro procedure, ma determinando anche una connessione strutturale tra diritto positivo, da un lato, potere 'positivizzatore' e forza (organizzata) in funzione di garanzia sanzionatoria, dall'altro. Al di là della sempre possibile valenza ideologica del positivismo giuridico e della sfida che il neocostituzionalismo contemporaneo gli porta, alla luce della lezione di Bobbio credo si possa affermare che un'acquisizione fondamentale del giuspositivismo rimanga difficilmente

3 Ivi, p. 16.

liquidabile: il diritto – e i diritti con esso, così come i 'principi' costituzionali – sono un 'prodotto' della volontà umana. Non sono inscritti in un ordine etico-ontologico oggettivo (che dovrebbe avere dei 'garanti' trascendenti, e nel mondo secolarizzato potrebbe solo imporsi fondamentalisticamente come 'parte' che pretende di essere 'tutto'). Questo assunto 'volontarista' e 'autoritativo' è la principale garanzia della laicità del diritto e della sua compatibilità con una società pluralista. Tale acquisizione non è però senza oneri: implica che la giuridicità sia sempre in rapporto con il 'potere', inteso innanzitutto come *capacità* di produrre comandi: "Una teoria rigorosamente positivistica non può fare a meno del concetto di produzione giuridica, e il concetto di produzione giuridica non può fare a meno del concetto di potere. Perché si possa parlare di un ordinamento giuridico occorre concepirlo come un insieme di norme prodotte dalla volontà umana; e perché le norme possano essere prodotte occorre che qualcuno abbia il potere di farlo. In questo senso per una teoria positivistica del diritto la nozione di norma non può essere dissociata dalla nozione di potere. Norma e potere sono due facce della stessa medaglia"[4].
La logica dei sistemi di diritto pubblico tradizionali, fondati sulla sovranità (che com'è noto Kelsen critica duramente) e quella della teoria pura "è la stessa"[5], dice Bobbio (anche se opposto, ovviamente, è il punto di partenza). Si tratta in entrambi i casi di sistemi gerarchici, e la norma fondamentale chiude lo *Stufenbau* "allo stesso modo e per la stessa esigenza logica"[6] per cui la *summa potestas* chiude il sistema gerarchizzato dei poteri (il quale, in definitiva, finisce per produrre un sistema gradualistico di comandi, cioè di norme). In cosa consiste la differenza, allora? E da dove deriva il bisogno di collocare la norma fondamentale al posto del potere legittimo di ultima istanza? Dalla necessità kelseniana di mettere in primo piano l'autoproduzione normativa quale criterio identificativo della giuridicità (positivistica e dinamica): l'ordinamento giuridico è tale perché regola la propria produzione, attraverso un sistema di autorizzazioni normative alla produzione di norme. Volontà e validità, autorità e forma sarebbero così pienamente conciliate, e la distinzione tra 'potere giuridico' (cioè autorizzato) e 'potere di fatto' tenuta ben ferma. Il condizionale però è d'obbligo perché lo stesso Bobbio, con grande lucidità e coerenza, mette in luce come, poiché ciò che definisce la validità di un ordinamento nel suo complesso è la sua efficacia coercitiva (come mostra il famoso esempio kelseniano della 'banda di briganti'), la riconduzione completa del potere alla norma sia impossibile: "Quando, arrivati alla norma delle

4 N.Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, ESI 1992, p. 114.
5 Ivi, p. 115.
6 *Ibidem*.

norme, questa rinvia al potere dei poteri (nel senso che un ordinamento giuridico è tale solo se è più efficace della banda di briganti o del partito armato che cerca di prendere il potere ma non ci riesce), bisogna pure riconoscere che ciò che chiude il sistema non è la norma ma il potere"[7]. Permane uno 'scarto' tra diritto e forza che mostra tanto una necessità reciproca, quanto una irriducibilità. Evidentemente, si potrebbe aggiungere, tale 'asimmetria politica' è costituiva della giuridicità (anche di quella dello Stato di diritto), perlomeno se questa non è intesa in senso 'sostanzialista', cioè come diritto naturale pre-moderno (ciò che sarebbe contraddittorio). Anche se, come nota Bobbio[8], la tesi del primato del diritto sul potere, per quanto comporti una vera e propria *crux* teorica perché il rapporto diritto-potere è sempre circolare, costituisce una sorta di opzione ideale a partire dalla quale distinguere tra modi di esercizio del potere ben differenti: lo Stato di diritto è ovviamente altra cosa da quello autoritario, anche se entrambi presuppongono l'effettività e su di essa in ultima istanza si poggiano; un'effettività dentro cui Kelsen preferisce non indagare molto, tenendo ferma la sua concezione formale della teoria del diritto, e che è determinata sì innanzitutto dalla forza, ma anche – nella normalità e nella lunga durata degli ordinamenti - dalla capacità di integrazione sociale e dalla costruzione di un discorso di legittimazione. Tutto ciò va molto al di là di una mera notazione sociologica, perché ci dice che nessun ordinamento giuridico, neppure quello che si fondi il più possibile sulla regolarità giuridica, è schermato una volta per tutte dalla battaglia simbolica per l'egemonia e dai concreti effetti di potere che essa determina. Anche la norma fondamentale ha il suo Presupposto.
Nel 1926, in un straordinario seminario organizzato dalla Associazione dei giuspubblicisti tedeschi Kelsen, confrontandosi con Erich Kaufmann e Hans Nawiasky sulla classica opposizione diritto naturale-diritto positivo alla luce della nuova legittimità costituzionale weimariana, sostenne che affrontando "l'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo", ci si trova costretti ad affermare che "chi cerca ancora una risposta troverà non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi incrocerà lo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere"[9].
Gorgone non può essere fissata negli occhi perché paralizza chi la guarda: ciò significa che racchiude qualcosa di mostruoso, ma anche che il potere non può manifestarsi nella sua nuda natura, che ha sempre biso-

7 Ivi, p. 120.
8 Ivi, pp. 121-122.
9 H. Kelsen Intervento su *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung,* in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, p. 55.

gno di una mediazione. Mediazione che è necessaria anche a chi deve rapportarsi ad esso, per sconfiggerlo o addomesticarlo, come Perseo che adotta lo stratagemma dello specchio (un 'artificio', appunto). Il diritto – come lo specchio che riflette Gorgone -, del potere serba l'immagine (e per questo è Forma, non Giustizia né Verità). Che ne sia contaminato irrimediabilmente è controverso. Che possa rimuovere del tutto tale sguardo è a mio avviso illusorio e, forse, persino pericoloso.
Sulla base di una concezione della giuridicità consapevole di questi inaggirabili presupposti concettuali e dei nodi politici che la loro 'forma' contiene, la lezione bobbiana ci aiuta a capire come anche i diritti – frutto della volontà umana come tutto il diritto moderno - non possano sottrarsi al circuito politica-consenso, rapporti di forza-costruzioni identitarie. Il loro statuto è ambivalente, tra forma e contenuto, etica e autorità. Ciò non consente una lettura dei diritti puramente edificante, soprattutto se 'presi sul serio' in un senso non esclusivamente morale e/o giurisdizionale, alla Dworkin, ma in quanto oggetto di 'politiche dei diritti' che mirino alla loro progressiva 'realizzazione' su vasta scala, ponendosi il problema dei costi e del consenso, selezionando le priorità. Questa chiave di lettura, con Bobbio oltre Bobbio, è certamente meno rassicurante di altre: apre seri interrogativi sulla effettiva universalizzabilità dei diritti, sugli oneri ineludibili di coerenza che essi implicano (da assumere con maggior cogenza rispetto a quanto lo stesso Occidente sia spesso disposto a fare), sul rapporto costante che si trovano a intrattenere con la dimensione del conflitto, con l'auto-costruzione delle soggettività come forma concreta di 'uscita dalla minorità', ma anche con le spinte reattive alla difesa delle identità. Soprattutto, tale impostazione non formalistica consente di cogliere le ragioni 'simboliche' che hanno permesso la diffusione del discorso dei diritti al di là del circuito strettamente giuridico e filosofico interno all'Occidente – in qualche modo a dispetto della loro genesi e del loro iniziale radicamento -, rendendoli uno dei terreni di discussione e mobilitazione più cruciali nel mondo contemporaneo.
Come in qualche modo ci ha insegnato lo stesso Bobbio, 'potere' non è solo quello verticale, dall'alto, che disciplina, ma è anche, in un senso diverso, il potere 'dal basso' di avanzare una pretesa, di ottenere riconoscimento e prestazioni, aprendo fronti conflittuali e sollecitando l'innovazione politico-giuridica[10]. E' un fatto che questa seconda forma di potere si attivi sempre più frequentemente nel mondo ricorrendo al linguaggio dei diritti, mostrandone la dimensione sociale e non atomistica, anche quando in gioco sono le libertà individuali. Si tratterà di diritti poco 'giuridici', non racchiusi in una stretta dimensione legale e istituzionale, e tut-

10 Cfr. N.Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. XIII-XV, 13.

tavia essi sono concretamente oggetto di appropriazioni politiche e parte di un discorso pubblico spesso informale che tende a trascendere i confini nazionali: ciò costituisce obbiettivamente un dato di realtà con cui fare i conti. Serberà contraddizioni e ambiguità (il rischio dell'inflazione dei diritti e della conseguente delusione, di una progressiva incertezza giurisdizionale, dell'uso retorico), ma è un fatto che, mentre se ne constata la crisi, i diritti umani sembrano uno sorta di minimo comun denominatore, per quanto generico e polisemico, per soggetti oppressi o subalterni, e per quanti non si rassegnano alla loro invisibilità (che si tratti dell'Iran, della Cecenia, di Guantanamo o dei migranti che, in condizioni disperate, cercano di raggiungere l'Europa). Insomma, il linguaggio dei diritti rappresenta anche un'*esperienza di soggettivazione*, un modo per identificarsi quali 'soggetti' che affermano la propria autonomia – il proprio 'esser se stessi' – e su tali basi rivendicano un 'potere' di parola e di critica. Peraltro, i diritti – e la storia della loro affermazione è lì a dimostrarlo – sono stati a lungo più una questione culturale e politica, che un puro ambito giuridico. E solo presupponendo quel terreno, si sono potuti imporre anche negli ordinamenti. L'età dei diritti è fondamentalmente l'*età delle lotte per i diritti.*

Ora alcune considerazioni conclusive sulle ragioni culturali della crisi dell'età dei diritti. Che è crisi di politiche pubbliche (nell'ambito della scuola, della salute, del lavoro, dei beni primari, tanto più su scala globale), ma anche di garanzie (si pensi alla rilegittimazione della tortura, al 'diritto penale del nemico', alla svariate 'manovre della rassicurazione' che, in nome di una questione seria – la sicurezza –, per catturare il consenso attraverso la paura allentano le tutele delle libertà e, quel che è peggio, la percezione sociale che via sia un nucleo di diritti comunque indisponibili, che ha a che fare con l'*Habeas corpus*). Certamente questa crisi ha ragioni plurime, anche di ordine strutturale. Tuttavia, non bisogna sottovalutare il peso che le idee e gli orientamenti culturali – nella misura in cui contribuiscono a forgiare un orizzonte di senso comune – hanno nella determinazione di effetti storico-politici concreti. A me pare che il tratto più caratteristico del dibattito pubblico dell'ultimo trentennio sia stata la tendenza a una progressiva

L'orizzonte di senso entro cui è incubata la crisi del costituzionalismo dei diritti e della politica democratica in Occidente è stata la credenza nell'ineluttabilità e nel carattere liberatorio di una generale *spoliticizzazione.* Ciò non ha riguardato solo le potenze del capitalismo globale e l'ideologia economica *mainstream.* Infatti, a lungo si è pensato che l'obiettivo di una filosofia politica normativa – e della teoria giuridica del costituzionalismo - dovesse essere la sterilizzazione del potere, il suo accantonamento. In

questo modo, si è finito per non vederlo più, per non indagarne la presa sul diritto, lasciando il campo a teorie e prassi che si basano invece programmaticamente sul circuito elementare forza-paura, rassicurazione-sregolatezza. Volendo dare per addomesticato una volta per tutte il potere, si è finito per sterilizzare anche i conflitti e la capacità di reazione della società, indebolendone gli anticorpi. Vagheggiando presunti ordinamenti post-sovrani, si sono indebolite le istituzioni politiche e si è lasciato campo libero all'ideologia dell'ordine spontaneo neo-liberista. L'effetto reale non è stato la mitigazione della violenza, ma il ritorno in grande stile della legge del più forte e dei poteri selvaggi, i quali hanno potuto proliferare indisturbati essendo stati sistematicamente delegittimati tutti quei 'freni' (non solo quelli giuridico-formali) che avevano reso concretamente possibile il compromesso sociale proprio dello Stato costituzionale di diritto in Europa: basti pensare alla concentrazione/confusione di potere politico, economico e ideologico e alla deriva populista con venature autoritarie che insidiano le stesse democrazie, anche in Occidente, seppur con forme e intensità ben diverse. E alla mistione di anomia e irresponsabilità che caratterizza la finanziarizzazione del capitalismo globale, resa possibile dal poderoso squilibrio di potere tra capitale finanziario e lavoro e dalla deregolazione dei mercati che hanno dominato il ventennio post-Ottantanove. La spoliticizzazione ha fatto male ai diritti.

Da questo punto di vista, si potrebbe misurare anche una certa distanza del pensiero di Bobbio rispetto a quelle che paiono essere le urgenze della temperie culturale presente. Bobbio ha vissuto infatti un'epoca di intensa politicizzazione, caratterizzata da polarizzazioni ideologiche eccessive, spesso distruttive. Ciò l'ha condotto, comprensibilmente, a difendere le ragioni di una cultura del 'limite' e delle 'regole', contro le insidie della 'politica assoluta', di qualsiasi segno. A privilegiare la neutralizzazione giuridica rispetto al conflitto, il disincanto della democrazia (liberale) rispetto alla dimensione simbolica che costituisce il sostrato di *ogni* ordine politico.

Anche se bisogna ricordare come Bobbio avesse messo in guardia per tempo dai rischi insiti nel dominio incontrato dell'ideologia liberista della neutralità e naturalità del mercato, sottolineando acutamente che l'Ottantanove non significava solo la liberazione dal cosiddetto 'socialismo reale', ma avrebbe finito per mettere in crisi anche il socialismo democratico, aprendo una stagione perlomeno a luci e ombre per le prospettive dell'età dei diritti e di una maggiore giustizia globale.

C'è un aspetto fondamentale dell'eredità bobbiana che oggi ci interpella: il realismo unito all'anti-nichilismo, cioè il ripudio della liquidazione della ragione giuridica, ma senza fughe nell'ineffettualità, come se la realizza-

zione delle promesse dell'età dei diritti fosse solo una questione di buona volontà. Per questa lezione di equilibrio e metodo, senza apologie, storicizzandone il pensiero, credo si possa affermare – parafrasando un altro maestro della cultura italiana del Novecento – che in qualche modo 'non possiamo non dirci bobbiani'.